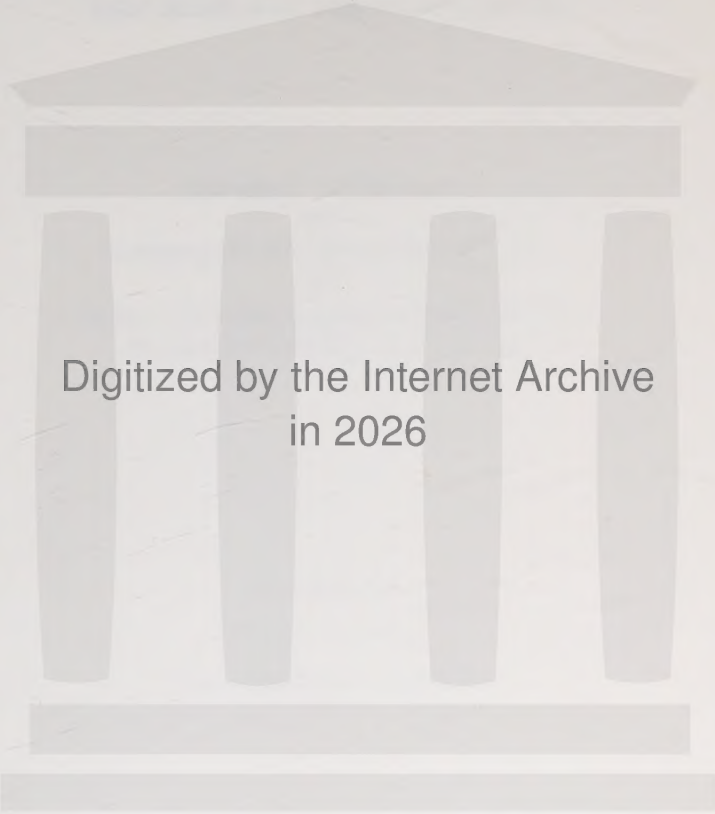


DAS NORMATIV VORGESCHRIEBENE
ZUSAMMENWIRKEN VERSCHIEDENER
VERWALTUNGSBEHÖRDEN BEIM ERLASS
VON VERWALTUNGSAKTEN

Hubert Sauer

1966



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554402_0065

DAS NORMATIV VORGESCHRIEBENE ZUSAMMENWIRKEN
VERSCHIEDENER VERWALTUNGSBEHÖRDEN
BEIM ERLASS VON VERWALTUNGSAKTEN

Inaugural - Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Hubert Sauer
Gerichtsreferendar aus Fulda

Marburg 1966

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen
Fakultät

angenommen am: 16. Februar 1966

Berichterstatter:

Professor Dr. GÖRG

Mitberichterstatter:

Professor Dr. Dr. PIRSON

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Februar 1966



Gedruckt mit Unterstützung der Philipps-Universität Marburg
und des Marburger Universitätsbundes

MEINER MUTTER

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Schrifttumsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XXV
 EINLEITUNG	 1
1. Kapitel: Gegenstand und Methode der Untersuchung	1
I. Einführung	1
II. Fragestellung und Abgrenzung des Themas	3
III. Methode und Anlage der Untersuchung	6
2. Kapitel: Terminologische Vorbemerkungen	8
I. Verschiedenartigkeit der Bezeichnungen für das behördliche Zusammenwirken	8
II. Verschiedenartigkeit der Formen des behördlichen Zusammenwirkens	11
III. Zusammenwirken verschiedener Verwaltungsbehörden	23
IV. Zusammenwirken aufgrund einer Norm	26
 TEIL I: Rechtsnatur der behördlichen Mitwirkungsakte	 28
1. Abschnitt: Rechtsnatur der behördlichen Mitwirkungsakte bei "erforderlicher Übereinstimmung" der zusammen- wirkenden Verwaltungsbehörden	28
A. Darstellung und Kritik der bisherigen Lösungs- versuche in Wissenschaft und Rechtsprechung	28
3. Kapitel: Darstellung	28
I. Mitwirkungsakt als verwaltungsinterner Vorgang	29
II. Verwaltungsakt-These	32
III. Mittelmeinung	35
4. Kapitel: Kritische Untersuchung der zur Verneinung der VA- Eigenschaft der Mitwirkungsakte vorgetragenen Gesichtspunkte	36
I. Methodischer Fehlgriff einer Subsumtion des Mitwirkungs- aktes unter den unscharfen Begriff des Innenverhältnisses	36
II. Der Gesichtspunkt der mangelnden Kundmachung	39
III. Das Argument der "Einheit der Staatsverwaltung"	42
IV. Lösungsversuch aus dem "Willen des Gesetzgebers bzw. sonstigen Normgebers"	45
V. Die Annahme einer nur "faktischen" Wirkung des Mitwirkungsaktes	50

VI.	Das subjektive Recht als Ausgangspunkt zur Bestimmung der Rechtsnatur des Mitwirkungsaktes	55
VII.	Die Verneinung der VA-Qualität des Mitwirkungsaktes aus dem Gesichtspunkt der Machtvollkommenheit und absoluten Bindungslosigkeit der Hauptbehörde an den Akt der beteiligten Behörde	58
VIII.	Das Argument der "Inzidentkontrolle" bzw. der "Ersetzbarkeit" des Mitwirkungsaktes durch das Verwaltungsgericht	68
5.	Kapitel: Kritische Untersuchung der zur Begründung der VA-Qualität der Mitwirkungsakte vorgetragenen Gesichtspunkte	77
I.	Die Gesichtspunkte der "Zuständigkeit" und "Verantwortlichkeit"	77
II.	Begründungsversuch aus dem Gesichtspunkt der "duae conformes"	79
III.	Die Begründung der VA-Qualität aus der Bindungswirkung des Mitwirkungsaktes	82
IV.	Lösungsversuch aus dem Gesichtspunkt der "Tatbestandswirkung"	88
V.	Das prozeßrechtliche Argument des erforderlichen Rechtsschutzes	91
B.	Versuch einer eigenen Lösung	95
6.	Kapitel: Die auf einer Rechtsnorm beruhenden Mitwirkungsakte	95
I.	Die Norm als methodischer Ausgangspunkt	95
II.	Der dualistische Charakter des Mitwirkungsvorbehalts	98
III.	Die rechtliche Wirkung des rechtsnormativ vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes	100
IV.	Kein rechtlicher Unterschied beim Zusammenwirken von Behörden verschiedener Körperschaften oder des gleichen Rechtsträgers	106
V.	Die Kundmachung als Folge des inhaltlich als VA erkannten Mitwirkungsaktes	108
7.	Kapitel: Unzulässige Umdeutungsversuche	110
I.	Der Versuch einer Umdeutung des Mitwirkungsaktes in ein bloßes Gutachten	110
II.	Der Versuch einer Umdeutung einzelner in Gesetzen, Satzungen oder Rechtsverordnungen enthaltener Mitwirkungsvorbehalte in bloße Verwaltungsvorschriften	114

8.	Kapitel: Die auf einer Verwaltungsvorschrift beruhenden Mitwirkungsakte	120
I.	Beurteilung unter Zugrundelegung der traditionellen Lehre von der Verwaltungsverordnung	120
II.	Beurteilung im Lichte moderner Auffassungen über die Verwaltungsverordnung	122
2.	Abschnitt: Rechtsnatur der behördlichen Mitwirkungsakte bei "nichterforderlicher Übereinstimmung" der zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden	130
9.	Kapitel: Darstellung und Kritik der bisherigen Auffassungen	130
10.	Kapitel: Eigene Lösung aus dem Gesichtspunkt der Entscheidungsfreiheit der Hauptbehörde	132
TEIL II: Fehlerhaftigkeit der Hauptakte beim Verstoß gegen behördliche Mitwirkungsakte		135
11.	Kapitel: Verstoß gegen Mitwirkungsnormen, die eine Übereinstimmung der zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden vorschreiben	135
I.	Rechtswidrigkeit des Hauptaktes	135
II.	Art der Fehlerhaftigkeit	137
III.	Grad der Fehlerhaftigkeit	139
IV.	Heilbarkeit des Mangels	149
12.	Kapitel: Verstoß gegen Mitwirkungsnormen, die keine Übereinstimmung der zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden vorschreiben	152
I.	Rechtswidrigkeit, Fehlertypus und Fehlergrad	152
II.	Heilbarkeit des Mangels	156
TEIL III: Verfahrens- und verfassungsrechtliche Fragen		160
13.	Kapitel: Prozessuale Stellung des Staatsbürgers gegenüber den zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden	160
I.	Widerspruchsverfahren	160
II.	Einfache oder notwendige Streitgenossenschaft	162
III.	Prozeßökonomische Erwägungen	166
IV.	Kostenrechtliche Folgerungen	169
14.	Kapitel: Rechtsstellung der zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden bzw. deren Rechtsträger zueinander	172
I.	Klage der Hauptbehörde gegen die Mitwirkungsbehörde	172
II.	Klage der Mitwirkungsbehörde gegen die Hauptbehörde	176

15.	Kapitel: Verfassungsrechtliche Fragen	179
I.	Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit behördlicher Mitwirkungsvorbehalte im allgemeinen	179
II.	Das Zusammenwirken von Bund und Ländern	183

- | | |
|---------------------------------------|--|
| Achterberg, Norbert | Zulässigkeit und Schranken stillschweigender Bundeszuständigkeiten im gegenwärtigen deutschen Verfassungsrecht
in: AÖR Bd. 86 (1961), 63 ff. |
| Ders. | Die Evidenz als Rechtsbegriff
in: DÖV 1963, 331 ff. |
| Angres, Dieter | Die Rechtsnatur der Zustimmung nach § 9 Abs. 2 des Bundesfernstraßengesetzes
in: DÖV 1958, 75 ff |
| Anschütz, Gerhard -
Thoma, Richard | Handbuch des Deutschen Staatsrechts,
1. und 2. Band,
Tübingen 1932 (zit. Anschütz-Thoma
I bzw. II). |
| Bachof, Otto | Anmerkung
in: DÖV 1951, 274 ff. |
| Ders. | Verwaltungsakt und innerdienstliche Weisung,
in Verfassung und Verwaltung in Theorie und
Wirklichkeit
in: Festschrift für Laforet, S 285 ff.
München 1952 (zit. Bachof, VA). |
| Ders. | Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates
in: Veröffentlichungen der Vereinigung der
Deutschen Staatsrechtslehrer Heft 12, S 37 ff.
Berlin 1954. |
| Ders. | Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimm-
ter Rechtsbegriff
in: JZ 1955, 97 ff. |
| Ders. | Anmerkung
in: JZ 1956, 35 f. |
| Ders. | Anmerkung
in: DÖV 1957, 243 f. |
| Ders. | Anmerkung
in: DÖV 1957, 263 f. |

- Bachof, Otto Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht,
Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des
Bundesverwaltungsgerichts
2. Aufl., Tübingen 1964 (zit. BVerwG).
- Badura, Peter Der mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt
mit belastender Auflage
in: JuS 1964, 103 ff.
- Baring, M. Sind Beschlüsse des Bundespersonalausschusses
anfechtbare Verwaltungsakte ?
in: ZBR 1957, 4 ff.
- Bender, Bernd Der nichtige Verwaltungsakt
in: DVBl. 1953, 33 ff.
- Ders. Allgemeines Verwaltungsrecht
2. Aufl., Freiburg i.Br. 1956.
- Benkendorff Anmerkung
in: DVBl. 1950, 181 f.
- Bernhardt, Rudolf Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte
in: JZ 1963, 302 ff.
- Bettermann, August Anmerkung
in: DVBl. 1958, 869.
- Beyer, Wilhelm Anmerkung
in: NJW 1961, 1321.
- Böhm, Anton Fragen des Anbaus an Bundesfernstraßen
in: DÖV 1958, 72 ff.
- Böhm, Otto Die rechtliche Bedeutung der Zustimmung nach
§ 9 Abs. 2 des Bundesfernstraßengesetzes
in: Bauamt und Gemeindebau 1958, 221 ff.
- Brohm, Winfried Verwaltungsvorschriften und besonderes
Gewaltverhältnis
in: DÖV 1964, 238 ff.
- Brügelmann-Förster -
Grauvogel-Kopp-Oldenkoven-
Pohl-Stahnke Kommentar zum Bundesbaugesetz, Stuttgart
1960 (zit. Brügelmann-Förster).

- | | |
|-----------------------|--|
| Bulling, Hans Urban | Die Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten
zusammenwirkender Behörden
(Dissertation) Tübingen 1963. |
| Bullinger, Martin | Der überregionale Verwaltungsakt
in: JuS 1964, 228 ff. |
| Clasen, Heinrich | Die Rechtslage bei ungenehmigten Bauten
in: NJW 1959, 752 ff. |
| Cüppers, Josef | Das neue Zulassungsverfahren für Rechtsanwälte
in der britischen Zone (Eine nicht ganz unkri-
tische Betrachtung)
in: NJW 1949, 363 ff. |
| Czermak, Fritz | Behördenverfahren und Verwaltungsprozeß
beim Zusammenwirken mehrerer Behörden
in: NJW 1963, 703 ff. |
| Dahlinger, Erich | Die Bebaubarkeit von Grundstücken nach dem
Bundesbaugesetz
in: BaWüVBl. 1960, 129 ff. |
| Dahs | Anmerkung
in: NJW 1954, 526 f. |
| Deppisch, Friedrich | Die Beschlüsse der Personalausschüsse
in: DÖV 1954, 241 ff. |
| Dietz, Otmar | Zur Auslegung des § 31 Bundesbaugesetz
in: BaWüVBl. 1961, 65 ff. |
| Dittus, Wilhelm | Die Planungs- und bauordnungsrechtlichen
Vorschriften des Bundesfernstraßengesetzes
in: Bauamt und Gemeindebau 1954, 75 ff. |
| Eiser-Riederer-Sieder | Energiewirtschaftsrecht, 1. Band 2. Aufl.,
München und Berlin 1954
(zit. Eiser-Riederer). |
| Engisch, Karl | Logische Studien zur Gesetzesanwendung
2. Aufl., Heidelberg 1960. |
| Erdsiek | Die Rechtsanwaltsordnung für die britische Zone
in: DRZ 1949, 230 f. |

- Eyermann-Fröhler Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung
3. Aufl., München und Berlin 1962.
- Fickert, H.C. Der Begriff "Einvernehmen" im Bundesbaugesetz
und seine Handhabung im Baugenehmigungs-
und Rechtsmittelverfahren
in: DVBl. 1964, 173 ff.
- Ders. Ist die Zustimmung nach § 9 Abs. 2 FStrG
ein Verwaltungsakt oder ein Verwaltungs-
internum?
in: DÖV 1964, 661 ff.
- Fitting-Heyer Kommentar zum Personalvertretungsgesetz
2. Aufl., Hamburg-Berlin-Bonn 1956.
- Fleiner, Fritz Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts
8. Aufl., Tübingen 1928.
- Forsthoff, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Allgemeiner
Teil, 8. Aufl., München und Berlin 1961.
- Friauf, Karl Heinrich Die behördliche Zustimmung zu Verwaltungs-
akten anderer Behörden - Verwaltungsakt
oder bloßes Verwaltungsinternum
in: DÖV 1961, 666 ff.
- Frischmann-Weingart Zur selbständigen Anfechtbarkeit behördlicher
Mitwirkungsakte
in: DÖV 1962, 721 ff.
- Fußlein Der überregionale Verwaltungsakt
in: DVBl. 1951, 33 ff.
- Ders. Mischverwaltung oder Mitverwaltung?
in: DVBl. 1956, 1 ff.
- Gerner, Erich Zur Frage der "Mischverwaltung" im
Verhältnis zwischen Bund und Ländern
in: BayVBl. 1955, 193 ff.
- Giacometti, Zaccaria Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen
Verwaltungsrechts, Zürich 1960.
- Gollasch, Felix Boden- und Baurecht
2. Aufl., Göttingen 1963.

- Görg, Hubert Bundesauftragsangelegenheiten der Gemeinden und Gemeindeverbände und ihre Pflichtaufgaben nach Weisungen
in: DÖV 1961, 41 ff.
- Grabendorff, W. Die Folgen fehlender oder fehlerhafter Beteiligung der Personalvertretungen. Ein Beitrag zur Lehre vom fehlerhaften Verwaltungsakt
in: ZBR 1960, 97 ff.
- Groebe, Klaus Baugenehmigung und Anbauzustimmung nach § 9 Abs. 2 FStrG
in: DVBl. 1959, 757 ff.
- Groetschel, Otto Was bedeutet "Tatbestandswirkung"?
in: DVBl. 1959, 413 ff.
- Groschupf, Otto Wie entscheidet das Verwaltungsgericht, wenn das Verwaltungsverfahren fehlerhaft war?
in: DVBl. 1962, 627 ff.
- Haenel, Albert Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne Leipzig 1888.
- Hamann, Andreas Das Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Neuwied-Berlin 1961.
- Hatschek, Julius Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts
7. und 8. Aufl., Leipzig 1931.
- Haueisen Die Voraussetzungen der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsakts
in: NJW 1960, 1881 ff.
- Haug, Winfried Behördliche Mitwirkungsakte im Verwaltungsprozeß
in: JuS 1965, 134 ff.
- v. Hausen-v. d. Heide Bundesbaugesetz, Kommentar München 1961.
- Hegel, Hermann Kann mit der Verpflichtungsklage auch die Verurteilung zur Vornahme einer sogen. Amtshandlung begehrt werden?
in: JZ 1963, 15 ff.

- Heike, Herwart Die Evidenztheorie als heute maßgebliche Lehre vom nichtigen Verwaltungsakt
in: DÖV 1962, 416 ff.
- Heins, Valentin Anmerkung
in: NJW 1955, 1530 f.
- Heinze, Christian Das Zusammenwirken von Behörden beim Erlaß von Verwaltungsakten
in: VerwArch. Bd. 52 (1961), 159 ff., 275 ff.
- Ders. Anmerkung
in: DÖV 1962, 834 ff.
- Heitzer, Hermann Probleme des Zusammenwirkens mehrerer Verwaltungsbehörden beim Erlaß eines Verwaltungsaktes
(Dissertation) Mainz 1962.
- Heitzer-Oestreicher Bundesbaugesetz, Kommentar
Berlin 1962.
- Hering, E. Verwaltungsverfahren und Gerichtsverfahren nach dem Bundesbaugesetz
in: DVBl. 1961, 217 ff.
- v. Hippel, Ernst Untersuchungen zum Problem des fehlerhaften Staatsakts
2. Aufl., Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960.
- Huber, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht
1. Band, 2. Aufl., Tübingen 1953
2. Band, 2. Aufl., Tübingen 1954.
(zit. Huber I oder II).
- Idel, W. Anmerkung
in: NJW 1954, 1948 f.
- Jäger, H P. Anmerkung
in: DVBl. 1957, 322
- Jacobi, Erwin Die Verwaltungsverordnungen
in: Anschütz-Thoma II, S 255 ff.
- Jellinek, Georg Gesetz und Verordnung
Freiburg 1887.

- Jellinek, Walter Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen
Tübingen 1908.
- Ders. Zweiseitiger Verwaltungsakt und Verwaltungsakt
auf Unterwerfung
in: Festgabe zur Feier des 50-jährigen Bestehens
des Preußischen Oberverwaltungsgerichts,
S. 84 ff.
Berlin 1925 (zit. OVG-Festgabe).
- Ders. Verwaltungsrecht
3. Aufl., Berlin 1931.
- Jesch, Dietrich Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte
Erlangen 1956 (zit. Bindung).
- Ders. Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in
rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher
Sicht
in: AöR Bd. 82, S. 163 ff.
- Ders. Zulässigkeit gesetzesvertretender Verwaltungs-
verordnungen?
in: AöR Bd. 84, S. 74 ff.
- Ders. Anmerkung
in: JZ 1960, 282 ff.
- Ders. Rechtsstellung und Rechtsschutz der Gemeinden
bei der Wahrnehmung "staatlicher" Aufgaben
in: DÖV 1960, 739 ff.
- Ders. Gesetz und Verwaltung
Tübingen 1961 (zit. Gesetz).
- Ders. Auslegung gegen den Wortlaut und
Verordnungsgebung contra legem?
in: JZ 1963, 241 ff.
- Ders. Anmerkung
in: JZ 1963, 366 f.
- Joachim, H. Die Rechtsnatur der Enteignungsanordnung
in: DVBl. 1959, 388 ff.
- Jung, Hans Das Bauen im Außenbereich
in: NJW 1962, 617 ff

- | | |
|----------------------|--|
| Kanein | Deutsches Staatsangehörigkeitsrecht
München 1961. |
| Keller, Adolf | Die Kritik, Korrektur und Interpretation des
Gesetzeswortlautes
Winterthur 1960. |
| Kelsen, Hans | Über Staatsunrecht
in: GrünhZ Bd. 40 (1914), S. 1 ff. |
| Ders. | Hauptprobleme der Staatsrechtslehre,
entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz
2. Aufl., Tübingen 1923. |
| Ders. | Reine Rechtslehre
Wien 1934. |
| Kienapfel, Diethelm | Die Fehlerhaftigkeit mehrstufiger Verwaltungs-
akte nach dem Bundesbaugesetz und Bundes-
fernstraßengesetz
in: DÖV 1963, 96 ff. |
| Kipp, Theodor | Über Doppelwirkungen im Recht, insbesondere
über die Konkurrenz von Nichtigkeit und
Anfechtbarkeit
in: Festschrift für Ferdinand v. Martitz,
S. 211 ff. Berlin 1911. |
| Kipp, Heinrich | Entstehung, Aufgaben und Rechtsstellung
von Hilfseinrichtungen von Regierung und
Parlament
in: DÖV 1957, 513 ff. |
| v. Kirchmann, Julius | Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als
Wissenschaft
Darmstadt 1956 (Ausgabe der wissenschaftlichen
Buchgesellschaft). |
| Klein, Friedrich | Verfassungsrechtliche Grenzen der Gemein-
schaftsaufgaben
in: Gemeinschaftsaufgaben zwischen Bund,
Ländern und Gemeinden
(Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Band 11)
Berlin 1961. |

- Laband, Paul Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2. Band
4. Aufl., Tübingen und Leipzig 1901.
- Landmann-Rohmer-
Eyer mann-Fröhler Kommentar zur Gewerbeordnung
11. Aufl. 1956
12. Aufl. 1963
München und Berlin (zit. Landmann-Rohmer).
- Lerche, Peter Ordentlicher Rechtsweg und Verwaltungsrechtsweg
Berlin-Köln 1953.
- Mang, Johann Zustimmung zum Anbau an Bundesfernstraßen
in: BayVBl. 1959, 82 f.
- Ders. Anmerkung
in: BayVBl. 1964, 55.
- Mang-Simon Bayerische Bauordnung, Kommentar
München 1963.
- Marschall, Ernst A. Bundesfernstraßengesetz, Kommentar
Köln-Berlin 1954.
- Maunz-Dürig Grundgesetz, Kommentar
München und Berlin 1964.
- Mayer, Otto Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge
in: AöR Bd. 3 (1888), S. 3 ff.
- Ders. Deutsches Verwaltungsrecht
1. und 2. Band
3. Aufl., München und Leipzig 1924
(zit. Otto Mayer, Verwaltungsrecht I bzw. II).
- Menger, Christian-Friedrich System des verwaltungsgerichtlichen Rechts-
schutzes
Tübingen 1954 (zit. System).
- Ders. Höchststrichterliche Rechtsprechung zum
Verwaltungsrecht
in: VerwArch. Bd. 50 (1959),
S. 77 ff., 387 ff.; Bd. 51 (1960), S. 64 ff.;
Bd. 52 (1961), S. 92 ff., 305 ff., 410 ff.;
Bd. 53 (1962), S. 74 ff., 390 ff.; Bd. 54 (1963),
S. 88 ff., 198 ff.; Bd. 55 (1964), S. 73 ff.,
175 ff., 275 ff.

- Merk1, Adolf Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff
Leipzig 1923.
- Ders. Allgemeines Verwaltungsrecht
Wien 1927.
- Mertens, Hans-Joachim Die Selbstbindung der Verwaltung auf Grund des Gleichheitssatzes
Hamburg 1963
- Meyer, Klaus Herstellung der Spruchreife - Grundsatz und Grenzen - dargestellt am Baurecht
in: DVBl. 1961, 75 ff.
- Michel, Helmut Die verfassungskonforme Auslegung
in: JuS 1961, 274 ff.
- Monjau, Herbert Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter,
Kommentar, Münster 1954
- Müller, Horst Joachim Anmerkung
in: NJW 1963, 506.
- Müller, Klaus Zur Problematik der Genehmigungsvorbehalte im Kommunalrecht
in: VerwArch. Bd. 54 (1963), S. 170 ff.
- Nedden, Gerhard Die Mitwirkung der obersten Landesstraßenbau-
behörde bei der Genehmigung von Bauten im
Schutzbereich der Bundesfernstraßen
in: DÖV 1959, 525 ff.
- Neufang, Heinz Die Anfechtbarkeit der Enteignungsanordnung
in: DVBl. 1951, 108 ff.
- Obermayer, Klaus Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt
Stuttgart, München, Hannover 1956
(zit. VA).
- Ders. Die Übertragung von Hoheitsbefugnissen im
Bereich der Verwaltungsbehörden
in: JZ 1956, 625 ff.
- Ders. Rechtsprobleme des Gesetzes über den Personal-
gutachterausschuß für die Streitkräfte
in: DVBl. 1956, 674 ff.

- Ders. Anmerkung
in: DVBl. 1958, 140 ff.
- Ders. Anmerkung
in: DÖV 1958, 629 ff.
- Ders. Das Bundesverfassungsgericht und der Vorbehalt
des Gesetzes
in: DVBl. 1959, 354 ff.
- Ders. Anmerkung
in: JZ 1962, 64 ff.
- Peetz, Manfred Das Zusammenwirken verschiedener
Verwaltungsbehörden beim Erlaß von
Verwaltungsakten
(Dissertation) Würzburg 1962
(Maschinenschrift).
- Peters, Hans Lehrbuch der Verwaltung
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949.
- Ders. Der Dritte im Baurecht
in: DÖV 1965, 744 ff.
- Pietzonka, Desiderius Probleme des Bundesbaugesetzes
in: NJW 1961, 1425 ff.
- Radbruch, Gustav Rechtsphilosophie
6. Aufl., Stuttgart 1963.
- Raurenberg-Voigt Probleme der sog. allgemeinen Leistungsklage
in: DÖV 1964, 259 ff.
- Redeker-von Oertzen Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung
2. Aufl., Münster 1965.
- Rehm, Franz-Karl Anmerkung
in: BaWüVBl. 1961, 122 f.
- Reiter, Bruno Zur Rechtsnatur der Zustimmung nach § 9
Abs. 2 BFStrG
in: BayVBl. 1959, 247 f.
- Rever-Kahlmann, Harry Verfassungsrechtliche Schranken der Zustimmungsgesetze
in: AöR Bd. 79 (1953/54), 208 ff.

- Rupp, Hans Heinrich Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt
in: DVBl. 1958, 113 ff.
- Ders. Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme
2. Teil
in: AöR Bd. 85 (1960), S. 301 ff.
- Ders. Berufsregelung durch gesetzesändernde Verwaltungsverordnungen?
in: DÖV 1963, 678 ff.
- Schack, Friedrich Die verfassungskonforme Auslegung
in: JuS 1961, 269 ff.
- Schätzel Anmerkung
in: DÖV 1961, 113 f.
- Scheerbarth, Walter Das allgemeine Bauordnungsrecht
Köln 1962.
- Schmitt-Lermann, Hans Der überregionale Verwaltungsakt
in: DÖV 1962, 667 ff.
- Schrödter, Hans Das Zusammenwirken der Behörden im Baugenehmigungsverfahren
in: DVBl. 1962, 743 ff.
- Schuegraf, Elmar Das Rechtsverhältnis zwischen Staat und Gemeinde beim Erlaß gemeinsamer Verwaltungsakte
in: DVBl. 1961, 654 ff.
- Ders. Zusammenwirken von Baugenehmigungsbehörden und Gemeinden
in: NJW 1961, 1956 f.
- Ders. Der mehrstufige Verwaltungsakt
in: NJW 1966, 177 ff.
- Schunck-De Clerck Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar
Siegburg 1961.
- Schütz, Walter Zustimmung - Einvernehmen anderer Behörden im Baurecht
in: NJW 1963, 2150 ff.

- Schütz-Frohberg Kommentar zum Bundesbaugesetz
2. Aufl., Neuwied 1962.
- Sellmann Verwaltungsrechtsschutz in
Schwerbeschädigtensachen
in: BB 1954, 806 ff.
- Ders. Anmerkung
in: DVBl. 1958, 23 ff.
- Spanner, Hans Anmerkung
in: DÖV 1962, 342 f.
- Stecher, Dieter Fortgeltung und Bedeutung des Anbauerlasses
vom 8. September 1936 und des Zustimmungserfordernisses nach Ziff. 26 des Erlasses
in: DÖV 1960, 374 ff.
- Stein, Friedrich Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz
und Verwaltung
Tübingen 1912.
- Stenglin, Hans-Erwin
Freiherr von Der Wandel in der Lehre vom fehlerhaften
Verwaltungsakt
(Dissertation) Marburg 1937.
- Stern, Klaus Schlichte Verwaltungsäußerungen
in: BayVBl. 1957, 86 ff.
- Ders. Anmerkung
in: NJW 1958, 1435.
- Stich, Rudolf Einvernehmen und Zustimmung
in: DVBl. 1963, 193 ff.
- Thieme, Werner Evidenz und Nichtigkeit
in: DÖV 1962, 686 ff.
- Thomas, Werner Beseitigung eines Bauwerks wegen fehlender
Zustimmung nach § 9 Abs. 2 FStrG
in: DVBl. 1959, 763 f.
- Thuncke Die Rechtsbehelfe gegen Verwaltungsakte in
Rechtsanwaltsangelegenheiten im Geltungsbereich
der britischen Zone
in: DVBl. 1950, 521 f.

- v. Turegg-Kraus Lehrbuch des Verwaltungsrechts
4. Aufl., Berlin 1962.
- Ule, Carl-Hermann Die Lehre vom Verwaltungsakt im Lichte der
Generalklausel
in: Recht, Staat, Wirtschaft
3. Band, S. 260 ff.
Düsseldorf 1951 (zit. VA).
- Ders. Anmerkung
in: ZBR 1958, 209 ff.
- Ders. Verwaltungsgerichtsbarkeit
1. Band, 2. Halbband
2. Aufl., Köln-Berlin-München-Bonn 1962.
- Ders. Verwaltungsprozeßrecht
3. Aufl., München und Berlin 1963.
- Volkmar, Dieter Allgemeiner Rechtssatz und Einzelakt
Berlin 1962.
- Wach, Adolf Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts
1. Band Leipzig 1885.
- Wagener, Frido Genehmigungsverfahren nach dem Bundes-
baugesetz
in: DVBl. 1962, 737 ff.
- Walz, E. Anmerkung
in: BB 1954, 594 f.
- Weber, Werner Der fehlerhafte Verwaltungsakt als Gegenstand
der Gesetzgebung
in: AöR N.F. Bd. 34, S. 60 ff.
- Weides, Peter Verwaltungsakt und Widerspruchsbescheid in der
öffentlichrechtlichen Arbeit
in: JuS 1964, 62 ff., 275 ff.
- Weingart, Olaf Der überregionale Verwaltungsakt
in: BayVBl. 1960, 174 f.
- Winkler, Günther Die absolute Nichtigkeit von Verwaltungsakten
Tübingen 1960.

- | | |
|------------------|---|
| Wittern, Andreas | Grundriß des Verwaltungsrechts
Köln-Stuttgart 1964. |
| Wolff, Hans J. | Die Nichtigkeit von Verwaltungsakten
in: MDR 1951, 523 ff. |
| Ders. | Verwaltungsrecht I
5. Aufl., München und Berlin 1963. |
| Ders. | Verwaltungsrecht II
(Organisations- und Dienstrecht)
München und Berlin 1962. |

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aaO.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
a. E.	am Ende
a. F.	alter Fassung
a. M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
AS	Amtliche Sammlung
BAnz.	Bundesanzeiger
BaWüVBl.	Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt
BayBS	Bereinigte Sammlung des bayerischen Landesrechts
BayRAO	Bayerische Rechtsanwaltsordnung
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Der Betriebsberater
BBauBl.	Bundesbaublatt
BBG	Bundesbeamtengesetz
BBauG	Bundesbaugesetz
BerIVGG	Berliner Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit
BerIVwVerfG	Berliner Verwaltungsverfahrensgesetz
BezVG	Bezirksverwaltungsgericht
BFStrG	Bundesfernstraßengesetz
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BO	Bayerische Bauordnung
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVFG	Bundesvertriebenengesetz
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entscheidung
Einl.	Einleitung
ErstWBauG	Erstes Wohnungsbaugesetz

ES	Entscheidungssammlung
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen und des Württemberg-Badischen Verwaltungsgerichtshofs
EWG	Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft
FVG	Finanzverwaltungsgesetz
G	Gesetz
GewArch.	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GrünhZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von C. S. Grünhut
GS	Gesetzsammlung (Preußen)
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
i. d. F.	in der Fassung
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
LAG	Lastenausgleichsgesetz
LSozG	Landessozialgericht
LVG	Landesverwaltungsgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MinBl.	Ministerialblatt
MRVO Nr. 165	Verordnung Nr. 165 der britischen Militärregierung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone
NatSchG	Reichsnaturschutzgesetz
NdsMinBl.	Niedersächsisches Ministerialblatt
N. F.	Neue Folge
N!W	Neue Juristische Wochenschrift
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts
PGAG	Personalgutachterausschuß-Gesetz
ProVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
RABl.	Reichsarbeitsblatt
RAO	Reichsabgabenordnung
RAOBrZ	Rechtsanwaltsordnung für die Britische Zone

RGBl.	Reichsgesetzblatt
RVerwBl.	Reichsverwaltungsblatt
SaarlBauG	Saarländisches Gesetz Nr. 471 (Baugesetz)
SchwBG	Schwerbeschädigtengesetz
SGG	Sozialgerichtsgesetz
Urt.	Urteil
VA	* Verwaltungsakt
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VG	Verwaltungsgericht
VGG Saarland	Gesetz Nr. 268 über die Verwaltungsgerichtsbarkeit
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VkBl.	Verkehrsblatt
VO	Verordnung
VOBl.	Verordnungsblatt
VOBlBrZ	Verordnungsblatt für die Britische Zone
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
Wahlp.	Wahlperiode
Württ. -Bad. VGH	Württemberg-Badischer Verwaltungsgerichtshof
ZAG	Gesetz die Zwangsabtretung von Grundeigentum für öffentliche Zwecke betreffend
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZHK	Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde
zit.	zitiert (unter)
ZPO	Zivilprozeßordnung

EINLEITUNG

1. KAPITEL: GEGENSTAND UND METHODE DER UNTERSUCHUNG

I. EINFÜHRUNG

Das durch eine Norm vorgeschriebene Zusammenwirken verschiedener Verwaltungsbehörden bei hoheitlicher Willensbetätigung ist keine Errungenschaft der neueren Gesetzgebung. Schon in manchen älteren Gesetzen finden sich Bestimmungen, die die Mitwirkung von Verwaltungsbehörden beim Erlaß von Verwaltungsakten (VA) anderer Verwaltungsbehörden zwingend vorsehen^{1/}. In neuerer Zeit hat sich jedoch die Neigung des Gesetzgebers verstärkt, Mitwirkungsformen unterschiedlichster Intensität zu schaffen, um dadurch mehrere Behörden am Zustandekommen eines bestimmten gesetzlich vorgesehenen hoheitlichen Erfolgs zu beteiligen.

"Verzahnungen" dieser Art werden aus verschiedenen Gründen angeordnet. Teils soll der Mitwirkungsvorbehalt dem Eigeninteresse der mitwirkenden Behörde, die durch den vorgesehenen Hoheitsakt in ihren Rechten beeinträchtigt werden könnte, dienen^{2/}. Teils will der Gesetzgeber durch ein solches Mitverwaltungsrecht Sachverstand und besondere Erfahrung der Mitwirkungsbehörde ins Spiel bringen, um der Behörde, welche einen Hoheitsakt auszusprechen hat, eine bessere Beurteilungsgrundlage für ihre Entscheidung zu sichern und damit eine einheitliche

-
1. Das vielleicht älteste reichsrechtliche Beispiel für ein Zusammenwirken zweier Behörden dürfte § 57 Abs. 4 GewO a.F. vom 21.6.1869 i.d.F. vom 29.9.1953 (BGBl. I S. 1459) sein. Inzwischen ist das Zustimmungserfordernis des § 57 Abs. 4 GewO a.F. durch Art. I Nr. 29 des 4. Änderungsgesetzes zur GewO vom 5.2.1960 (BGBl. I S. 61) entfallen.
Vgl. weiterhin: § 11 Abs. 1 Energiewirtschaftsgesetz vom 13.12.1935 (RGBl. I S. 1451). Ein altes landesrechtliches Beispiel ist Art. XIV Abs. 2 des bayerischen Gesetzes vom 17.11.1897, die Zwangsabtretung von Grundeigentum für öffentliche Zwecke betreffend (ZAG) (BayBS I S. 203).
 2. Dieser Sinn liegt z.B. dem Erfordernis des Einvernehmens der Gemeinde nach den §§ 14 Abs. 2 S. 2; 19 Abs. 4 S. 1 und 2; 31 Abs. 2 S. 1; 36 Abs. 1 S. 1 des Bundesbaugesetzes vom 23.6.1960 (BGBl. I S. 341) zu Entscheidungen der Baugenehmigungsbehörde zugrunde.

Handhabung des Gesetzes zu gewährleisten³⁾. Ein weiteres denkbares Motiv für die Beteiligung mehrerer Behörden bei hoheitlicher Willensbetätigung ist der Schutz des Staatsbürgers vor unrechtmäßigen Entscheidungen besonders im Bereich der Eingriffsverwaltung⁴⁾; die Gefahr von Fehlentscheidungen zu Ungunsten des Rechtsgenossen wird durch die Einschaltung mehrerer Behörden in der Regel vermindert. So verschiedenartig die Gründe für die Mitwirkungsbestimmungen auch sein mögen, in den meisten Fällen sind sie durchaus sinnvoll und zweckmäßig.

Das Modell der durch eine Norm vorgeschriebenen Berechtigungsformen ist im Prinzip stets das gleiche: Einer Verwaltungsbehörde steht eine bestimmte Entscheidungskompetenz zu. Vor der Entscheidung dieser Behörde ist jedoch die Mitwirkung der Aufsichtsbehörde oder einer anderen Behörde oder beider vorgeschrieben. Es kann sich dabei um das Zusammenwirken von Behörden ein und derselben Körperschaft oder aber von Behörden verschiedener Rechtsträger handeln. Für die Regelung, wonach sich der Staatsbürger nicht gesondert an jede der Mitwirkungsbehörden wenden muß, sondern eine einzige Stelle den gesamten Vorgang "federführend" erledigt, dürfen vor allem Gesichtspunkte ordnungsmäßiger und rationeller Verwaltung sprechen. Dem Antragsteller bleibt der Gang zu den verschiedenen Behörden erspart. Er kommt im Normalfall nur mit einer Verwaltungsbehörde in Berührung. In der Rechtsfigur des Mitwirkungsverhältnisses ist also das rechtstechnische Mittel gefunden, mit dem eine übermäßige Komplexisierung des Verwaltungsverfahrens verhindert werden kann. Durch die Einführung des Mitwirkungsverhältnisses hat der Gesetzgeber Verwaltung und Rechtsprechung jedoch vor Fragen gestellt, die nicht eingetragene der Untersuchungen auf Sachverhalt und Rechtsprechung ebenfalls als gegeben angesehen werden können. Wenn wir haben die unterschiedlichen und oft widersprüchlichen Auffassungen über Entstehung und Mitwirkungen der durch Mitwirkungsverhältnisse vorgeschriebenen Mitwirkungsarten noch einmal betrachten, die Rechtssicherheit sowohl bei der Verwaltung als auch beim Bürger zu erhöhen. Angesichts der gerade in der letzten Gesetzgebung spürbaren Versuche, die Verwirklichung verschiedenartigster Mitwirkungsverhältnisse zu erleichtern, ist eine Klärung der mit dieser Rechtsfigur zusammenhängenden aktuellen Probleme nicht, die nicht nur von theoretischer, sondern auch vornehmlich praktischer Bedeutung ist, dringend geboten.

³⁾ Vgl. z. B. die Zustichten der Medizinalbehörde nach § 79 der Bayerischen Krankenhausordnung vom 17.1.1961 (BayRS II S. 446) zu bestimmten Baugeschulungen. Vgl. auch hinsichtlich § 49 KWG: BVerwG DÖV 1959, 61 f. = Bay-VBl. 1959, 88 f. = NJW 1959, 590.

⁴⁾ Auf diesen Punkt hinweist mit besonders auf BVerwG in seinem Urteil vom 4.11.1960, E 11, 195 (200) = DÖV 1961, 302 (303) hingewiesen.

⁵⁾ Man denke nur an die verschiedenen Mitwirkungs Vorschriften im Baurecht (Bundesfernstraßengesetz, Bundesbaugesetz usw.).

II. FRAGESTELLUNG UND ABGRENZUNG DES THEMAS

In dem das Zusammenwirken verschiedener Verwaltungsbehörden betreffenden Fragegebiet lassen sich im Grunde drei große und besonders wichtige Problemkreise unterscheiden.

Kardinalfrage ist die rechtliche Qualifizierung der von der mitwirkungsberechtigten Verwaltungsbehörde vorgenommenen Maßnahme. Handelt es sich bei dem Mitwirkungsakt der beteiligten Behörde um einen behördeninternen Vorgang (Verwaltungsinternum) oder aber um einen VA⁶⁾?

Das zweite Problem betrifft die Frage der Wirksamkeit des VAes, den die zuständige Stelle ohne die gesetzlich vorgeschriebene Mitwirkung einer anderen Behörde oder in Abweichung von deren Auffassung sozusagen "im Alleingang" erlassen hat. Es geht hier weniger um die Frage, ob die fehlende Mitwirkung den VA fehlerhaft macht. Die Rechtswidrigkeit und damit Fehlerhaftigkeit des ohne Beachtung des Mitwirkungs vorbehalts erlassenen VAes wird heute kaum angezweifelt. Uneinigkeit besteht hingegen über den Grad der Fehlerhaftigkeit: Ist der ohne die vorgeschriebene Mitwirkung erlassene VA nichtig oder bloß aufhebbar?

Gleichsam das prozessuale Seitenstück zu der ersten Frage nach der Rechtsnatur des Mitwirkungsaktes ist der Problemkomplex der Rechtsstellung des Staatsbürgers im Prozeß gegen die ihm gegenüber zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden und der Rechtsstellung der Verwaltungsbehörden bzw. deren Rechtsträger zueinander: Kann der Staatsbürger den durch eine Norm vorgesehenen Mitwirkungsakt selbständig anfechten bzw. durch Verpflichtungsklage einklagen? Können die zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden gegeneinander Klage erheben?

Die Frage nach der Rechtsnatur des Mitwirkungsaktes und das damit zusammenhängende Rechtsschutzproblem⁷⁾ sind erst angesichts der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG und der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel Bedeutung erlangt. In der vor der Generalklausel liegenden Zeit, in der die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte auf enumerativ festgelegte Fälle beschränkt war, konnte der Akt der Mitwirkungsbehörde schon deshalb nicht vor dem Verwaltungsgericht angegriffen werden, weil der Gesetzgeber den Mitwirkungsakt nicht ausdrücklich für anfechtbar erklärt hatte. Die Frage nach der Rechtsnatur des Mitwirkungsaktes hatte damals also rein akademische Bedeutung. Ungleich wichtiger war in jener Zeit hingegen die Frage, ob das Verwaltungsgericht das Fehlen der vorgeschriebenen Mitwirkung beachten mußte, oder ob es die beklagte Verwaltungsbehörde trotz mangelnder Mitwirkung verpflichtet konnte, einen beantragten VA zu er-

6) Das der Hauptakt, bei dessen Erlaß mitgewirkt wird, ist VA zu qualifizieren ist, war von Anfang an kaum streitig.

lassen.⁷⁾

Neben diesen drei Kernproblemen, die in der Praxis in allen möglichen Varianten auftreten und deshalb von besonderer Aktualität sind, führt uns die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit derartiger Mitwirkungsvorbehalte auf ein weiteres Gebiet, das noch einer gründlicheren wissenschaftlichen Durchdringung bedarf.

Diese Abhandlung betrifft einen Ausschnitt aus dem großen Problemkreis des Zusammenwirkens verschiedener Verwaltungsbehörden. Wir beschränken unsere Untersuchung aber allein auf die durch eine Mitwirkungsvorschrift - sei es nun Gesetz, Satzung, Rechtsverordnung oder Verwaltungsvorschrift - angeordneten Fälle des Zusammenwirkens.

Damit scheidet als Gegenstand unserer Betrachtung zunächst die in Schrifttum und Rechtsprechung heftig umstrittene Frage, wann eine im Instanzenzug ergehende innerdienstliche Weisung einen VA gegenüber Dritten darstellen kann, aus⁸⁾.

Außerhalb des Rahmens der dieser Untersuchung gestellten Aufgabe liegt auch das Problem, unter welchen Voraussetzungen sich innerdienstliche Rechtsakte in der Richtung ihrer innerdienstlichen Wirkung als VAe erweisen (sog. VAe in der

⁷⁾ Vgl. zu dieser Frage PrOVG, RVerwBl. 1935, 774 (775), das sich in einem zu § 57 Abs. 4 GewO a.F. ergangenen Urt. vom 3.1.1935 im ersteren Sinne entschieden hat; zustimmend VGH München, Urt. vom 9.11.1953 (zit. bei Obermayer, VA, S. 133); a.M. Landmann-Rohmer aaO. (11. Aufl. 1956) Anm. 9 zu § 57.

⁸⁾ Mit dieser Frage hat sich im Schrifttum besonders Bachof, VA, S. 285 ff.; DÖV 1957, 263 befaßt. Er erkennt den üblichen Standpunkt, daß interne Weisungen vor Entfaltung einer Außenwirkung erst der Umsetzung in einen VA der angewiesenen Stelle bedürfen, grundsätzlich an. Jedoch will er interne Weisungen dann gleich als VAe beurteilen, wenn sie "kraft ihrer bloßen Existenz" Wirkungen auslösen, die unmittelbar in den Rechtskreis Dritter eingreifen. Er spricht in diesen Fällen von einem "Umschlag von innen nach außen". In diesem Sinne auch die in den Urt. des Württ.-Bad. VGH vom 25.5.1950, DRZ 1950, 500 f. und vom 21.9.1951, VerwRspr. Bd. 4, Nr. 182, S. 840 (844 f.) entschiedenen Fälle; vgl. weiterhin BGH, DVBl. 1958, 868 = DÖV 1958, 629. Kritisch hierzu Obermayer, VA, S. 128 ff.; DÖV 1958, 629 ff.; Böttgermann, DVBl. 1958, 869; vgl. auch BVerwG, DVBl. 1957, 321 f. mit Anm. von Ipsen; Wolff I § 46 VII c, S. 260. Zur Frage, ob dem Dritten ein mit der Leistungsklage zu verfolgender Beseitigungsanspruch oder Unterlassungsanspruch zusteht, vgl. Rupp, DVBl. 1958, 113 ff.; Menger, VerwArch. Bd. 50 (1959) S. 79 f.; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. 5 a zu § 42.

gleichen Richtung) ⁹⁾.

Ebenso wenig ist hier auf die Fälle einzugehen, die ein Zusammenwirken mehrerer Verwaltungsbehörden bei Erlass von Rechtsnormen behandeln ¹⁰⁾. Der Gegenstand der Untersuchung soll sich lediglich auf das Zusammenwirken mehrerer Verwaltungsbehörden beim Erlass von VAen beschränken, um eine genauere wissenschaftliche Durchleuchtung zu gewährleisten. Zwar ist in manchen Einzelfällen die Entscheidung schwierig, ob ein behördlicher Hoheitsakt unter den Begriff des Rechtssatzes oder des VAes einzuordnen ist. Jedoch wird sich zeigen, daß eine Klärung der oben aufgeworfenen Probleme auch möglich ist, ohne auf die schwierige und äußerst umstrittene Frage der begrifflichen Abgrenzung zwischen allgemeinem Rechtssatz und Einzelakt eingehen zu müssen ¹¹⁾.

Schließlich scheidet bei der Behandlung des Themas auch der sog. mitwirkungsbedürftige VA aus, unter dem die Verwaltungsrechtslehre überwiegend das Zusammenwirken von Bürger und Verwaltung und nicht das Zusammenwirken ver-

9) Dieses Problem tritt hauptsächlich bei der Beurteilung der Rechtsnatur staatlicher Weisungen gegenüber Gemeinden und Gemeindeverbänden auf; vgl. Obermayer, VA, S. 136 ff.; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. 5 a zu § 42.

Schwierigkeiten der rechtlichen Qualifikation ergeben sich besonders bezüglich Weisungen staatlicher Aufsichtsbehörden gegenüber Gemeinden bei den sog. Pflichtaufgaben nach Weisungen, die in manchen Bundesländern an die Stelle der überlieferten Auftragsaufgaben getreten sind; vgl. hierzu die Untersuchungen von Jesch, DÖV 1960, 743 ff. und Görg, DÖV 1961, 41 ff. Nach deren Auffassung sind Weisungen der Länder an die Gemeinden im Rahmen der Pflichtaufgaben nach Weisungen VAe, die im Verwaltungsrechtswege angefochten werden können (Görg, aaO. S. 45: "Da es sich in jedem Fall um gemeindliche Aufgaben handelt, betreffen staatliche Weisungen die Gemeinden nicht als nachgeordnete staatliche Behörden, sondern notwendig in ihrem eigenen Wirkungsbereich, als Trägerin eigener Rechte und Pflichten.").

10) Über das Zusammenwirken von Behörden beim Erlass von Rechtsverordnungen, vgl. etwa das Ur. des BVerwG vom 28.2.1958, NJW 1958, 1939. Zur Rechtsnatur der Genehmigung einer Satzung, vgl. OVG Lüneburg, E 6, 392 f.; OVG Münster, E 10, 184 und 187; BayVGh, BayVBl. 1960, 289; vgl. auch Menger, VerwArch. Bd. 52 (1961), 410 ff.

11) Vgl. zu dieser Frage neuestens in einer großangelegten Untersuchung Volkmar, aaO. (passim).

schiedener Verwaltungsbehörden versteht 12).

III. METHODE UND ANLAGE DER UNTERSUCHUNG

Bevor wir in die Auseinandersetzung mit den aufgeworfenen Problemkomplexen eintreten, müssen wir uns über unser methodisches Vorgehen als einer Grundfrage jedes wissenschaftlichen Bemühens, das zu einem brauchbaren Ergebnis führen soll, Klarheit verschaffen 13).

Es bieten sich zwei Wege an, um die Fragen in ihrer rechtlichen Bedeutung zu erfassen und zu beantworten. Entweder erörtert man die verschiedenen Probleme und Streitfragen jeweils im Hinblick auf einen konkreten Mitwirkungsvorbehalt und judiziert damit vom jeweiligen Normzweck jeder einzelnen Vorbehaltsnorm her. Oder man versucht, unabhängig vom EinzeLvorbehalt, tragende Gesichtspunkte herauszuarbeiten, die eine Lösung der Probleme für alle einschlägigen Bestimmungen fördern können. Bisher ist in der Rechtsprechung, aber auch im Schrifttum, überwiegend die kasuistische Methode bevorzugt worden. Dies entspricht dem Wesen und der Eigenart der Praxis, die in der Regel nur mit Einzelfällen konfrontiert wird und die sich seit jeher bei ihren Entscheidungen nur ungern in ein logisch-systematisches Prokrustesbett zwingen läßt. Um eine Klärung

12) Vgl. hierzu z.B. Forsthoff, aaO. S. 194 ff. Die Frage, ob die Mitwirkung des Staatsbürgers VA-Qualität aufweisen könnte, stellt sich hier nicht. Der von Jellinek, OVG-Festgabe, S. 84 ff.; Verwaltungsrecht, S. 249 ff. eingeführte Begriff des "zweiseitigen VAEs", der diese Fragestellung nahelegen könnte, hat sich nicht durchzusetzen vermocht. Die Bezeichnung hat vor allem deshalb Befremden erregt, weil sie mit der Natur des VAEs in Widerspruch steht, der nur einseitiger sein kann; vgl. die Kritik bei Fleiner, aaO. S. 194; Forsthoff, aaO. S. 196 und Wolff I § 48 IV (S. 269). Auch die Bezeichnung "VA auf Unterwerfung" (Otto Mayer, AöR Bd. 3 (1888), 3 ff. (insbes. 46 ff.); Verwaltungsrecht I S. 98 und II S. 151; dem folgend Kormann, System, S. 37, 79, 272 ff.), die zur Überwindung der lange vorherrschenden Auffassung, das Zusammenwirken von Individualwille und Verwaltung bringe einen Vertrag hervor ("Vertragstheorie"), dienen sollte, wird heute kaum noch benutzt.

13) Nur durch das Bemühen um die jeweils richtige Methode kann verhindert werden, daß die Rechtswissenschaft "das Zufällige zu ihrem Gegenstand macht" (v. Kirchmann, aaO. S. 25) und sich damit "die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft" erweist.

Vgl. zu methodologischen Fragen Jesch, Gesetz, S. 35 - 73.

der rechtstheoretischen Grundlagen, in denen alle Einzelprobleme und -fälle verwurzelt sind, haben sich hingegen nur wenige Autoren bemüht¹⁴⁾. Angesichts der zunehmend wachsenden gesetzlichen Neueinführung von Mitwirkungsvorbehalten wird sich für die Verwaltungspraxis aber auch in Zukunft immer wieder die Notwendigkeit ergeben, die damit verbundenen Rechtsprobleme erneut zu prüfen und zu durchdenken. Wollte man die Untersuchung daher auf ganz bestimmte einzelne Mitwirkungsvorbehalte beschränken und die Verwaltung darauf verweisen, daß jede neugeschaffene Mitwirkungsvorschrift nach ihrem spezifischen Sinn und Zweck auszulegen sei, ohne ein rechtstheoretisch-logisches System zu entwickeln, unter das alle schon bestehenden und künftigen Mitwirkungsvorbehalte zu subsumieren sind, so würde man den Verwaltungspraktikern in den meisten Fällen eher Steine statt Brot reichen und die schon bestehende Rechtsunsicherheit noch erhöhen. Eine nur pragmatische Behandlung der Fragen von Fall zu Fall muß daher als unbefriedigend empfunden werden. Aufgabe und Ziel dieser Arbeit soll es sein, von den herkömmlichen Methoden abweichend zu versuchen, die Grundlagen für eine Lösung der Probleme des Zusammenwirkens verschiedener Verwaltungsbehörden zu erforschen, die für alle auftauchenden Mitwirkungsvorbehalte allgemeine Geltung besitzt. Wenn demgegenüber die Erörterung einzelner Mitwirkungsfälle in den Hintergrund zu treten hat, so soll doch immer wieder arguendi causa auf die einschlägigen Bestimmungen des positiven Rechts Bezug genommen werden.

14) Zu nennen ist die Abhandlung von Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), S. 159 ff., 275 ff., dem jedoch im Ergebnis nicht zugestimmt werden kann. Die zu diesem Themenkreis vorliegenden Dissertationen von Peetz, aaO. (abgeschlossen 1961) und Heitzer, aaO. (abgeschlossen 1961) erschöpfen sich in der Darstellung der Problematik an Hand von Einzelfällen, wobei zum Teil sehr wichtige Mitwirkungsbestimmungen überhaupt nicht berücksichtigt werden. Beide Dissertationen gelangen zu im Ergebnis nicht haltbaren Auffassungen.

Um die Herausarbeitung tragender Gesichtspunkte für alle einschlägigen Bestimmungen bemühen sich Friauf, DÖV 1961, 666 ff. und Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 ff. Abgesehen von den nicht immer überzeugenden Begründungen wird mit den Lösungsvorschlägen von Friauf und Frischmann-Weingart, wie sich noch zeigen wird, die Verwaltungspraxis überfordert.

Die Abhandlung von Bulling, aaO. hat dem Verfasser erst nach Abschluß des Manuskriptes vorgelegen und konnte deshalb nur noch in den Anmerkungen Berücksichtigung finden. Den Lösungsvorschlägen Bulling kann nur mit erheblichen Vorbehalten zugestimmt werden.

Die Untersuchung wird uns nach einigen terminologischen Vorbemerkungen zunächst zu der Frage der Rechtsnatur der Skala der verschiedenen Mitwirkungsakte führen. Nach einer kritischen Durchleuchtung der bisherigen Lösungsversuche soll der Versuch einer eigenen Lösung den ersten Teil der Arbeit, auf dem wegen seiner ausschlaggebenden Bedeutung für andere in unserem Zusammenhang interessierende Rechtsfragen der Hauptakzent liegt, abschließen. Daran anschließend wird uns im zweiten Teil der Abhandlung die Frage des Fehlergrades des ohne die vorgeschriebene Mitwirkung erlassenen VAes beschäftigen. Im dritten Teil soll dann neben der Untersuchung einiger verfassungsrechtlicher Probleme die eng mit der Rechtsnatur der Mitwirkungsakte verquickte Frage der prozessualen Rechtsstellung von Staatsbürger und Verwaltungsbehörde einer Prüfung unterzogen werden.

2. KAPITEL: TERMINOLOGISCHE VORBEMERKUNGEN

I. VERSCHIEDENARTIGKEIT DER BEZEICHNUNGEN FÜR DAS BEHÖRDLICHE ZUSAMMENWIRKEN

Bereits der Versuch einer terminologischen Erfassung der Fälle, die ein Zusammenwirken verschiedener Verwaltungsbehörden beim Erlass von VAen vorsehen, stoßt auf Schwierigkeiten. Die Verschiedenartigkeit der in Rechtsprechung und Schrifttum verwendeten Bezeichnungen ist ein Spiegelbild der mannigfaltigen Meinungen, die zu den angeschnittenen Fragen vertreten werden.

Schon Kormann¹⁾ hat für eine der Haupterscheinungsformen des behördlichen Zusammenwirkens - nämlich den Fall der Zustimmung einer Behörde zur hoheitlichen Willensbetätigung einer anderen Behörde - den terminus technicus "inäqualer Gesamtakt" benutzt. Abgesehen von der unklaren Bedeutung dieses Fremdwortes²⁾ werden durch diesen Begriff nicht alle denkbaren Fälle des Zusammenwirkens erfaßt.

Die in neueren Schrifttum verwendeten Bezeichnungen "mehrstufiger"³⁾, "ge-

1) System, S. 258.

2) In der deutschen Bedeutung: "ungleichartig".

3) Der Begriff wurde von Menger, VerwArch. Bd. 50 (1959), 397 eingeführt; zustimmend Schmieg, DVBl. 1961, 654, 655; Friauf, DÖV 1961, 666 (667); Schrödter, DVBl. 1962, 743 (744); Redeker-v. Oertzen, VwGO, Anm. 32 zu § 42.

meinsamer" 4), "zusammengesetzter" 5), "gebundener" 6), "mitwirkungsbedürftiger" 7) VA und "VA mit Drittbeteiligung" 8) sind alle insofern mißverständlich und irreführend, als sie, wie schon Frischmann-Weingart richtig erkannt haben 9), von dem Vorliegen nur eines einzigen VAes ausgehen. Sie bringen hingegen nicht die rechtstheoretische Möglichkeit zum Ausdruck, daß sowohl der Hauptakt als auch der Mitwirkungsakt VA-Qualität aufweisen können. Es zeigt sich also in der angeführten Terminologie eine gewisse *petitio principii*, die die unmittelbare Rechtserheblichkeit der Mitwirkungsakte in der Außenwelt ausschließen will 10).

Darüber hinaus ist die Verwendung der Bezeichnung "mitwirkungsbedürftiger VA" deshalb ungeeignet, weil nach der klassischen Terminologie hiermit die Gruppe derjenigen VAe angesprochen werden soll, zu deren Erlaß die Mitwirkung des Staatsbürgers erforderlich ist, wie z.B. die Beamtenernennung oder die Einbürgerung. Eine solche Begriffsäquivokation ist dazu angetan, unnötig Verwirrung zu stiften und unsere Problematik zu verdunkeln.

Ebenso ist auch die Bezeichnung "zusammengesetzter VA" neben dem oben angeführten Grund deshalb bedenklich, weil sie nach dem herkömmlichen Wortgebrauch meist zur Umschreibung von Fällen dient, in denen eine Anordnung aus mehreren VAen (z.B. Abbruchverfügung und Androhung von Zwangsmitteln) besteht oder zusätzliche Nebenbestimmungen (z.B. Auflagen) getroffen werden 11).

Aber auch die Prägungen "Doppel-VA" 12) (oder u.U. sogar "Drillings-VA" 13)), "Verwaltungsdoppelakt" 14) oder "VA mit Doppelentscheidung" 15) sind für un-

4) Die Bezeichnung wird neben der des mehrstufigen VAes von Schuegraf, DVBl. 1961, 654 (655) verwendet.

5) So das OVG Lüneburg, DÖV 1958, 908 = DVBl. 1958, 138 (139) = Verw-Rspr. Bd. 10, 987 (989) und Groebe, DVBl. 1959, 757 (759).

6) So Eyermann-Fröhler, aaO. Anm. 56 zu § 42.

7) Diesen Begriff verwendet Clasen, NJW 1959, 752 (754).

8) Vgl. Kienapfel, DÖV 1963, 96.

9) DÖV 1962, 721.

10) So auch Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721.

11) Vgl. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 260; Peters, aaO. S. 161 ff.

12) Vorgeschlagen von Kratzer, BayVBl. 1959, 90.

13) Die Figur möglicher "Drillings-VAe" wird von Groebe, DVBl. 1959, 757 (759) dem Begriff des "Doppel-VAes" gegenübergestellt.

14) So neustens Fickert, DVBl. 1964, 173 (174).

15) Ein weiterer Vorschlag von Fickert, DVBl. 1964, 173 (174).

sere Zwecke nicht verwendbar, da man hier in den gegenteiligen Fehler verfällt, indem man a limine die VA-Qualität der Mitwirkungsakte voraussetzt, was aber, wie sich noch zeigen wird, nicht für alle Fälle zutrifft.

Schließlich vermögen auch die Bezeichnungen "Gesamt-VA"¹³⁾ und "Gesamt-akt"¹⁷⁾ nicht zu befriedigen. Auch hier weist die Wortbedeutung lediglich auf "einen" VA hin.

Will man nicht völlig auf eine terminologische Erfassung der Fälle des behördlichen Zusammenwirkens verzichten, so muß die hier zu verwendende Bezeichnung einerseits klar zum Ausdruck bringen, daß mit ihr Mitwirkungsfälle apostrophiert werden, die den Erlaß von VAen zum Gegenstand haben, ohne auf der anderen Seite die Entscheidung der Frage der Rechtsnatur der Mitwirkungsakte vorwegzunehmen. In der vorliegenden Untersuchung soll deshalb zur Umschreibung der Fälle des "Verwaltungsverbunds"¹⁸⁾ von dem "Zusammenwirken verschiedener Verwaltungsbehörden beim Erlaß von VAen aufgrund eines Mitwirkungsvorbehalts" gesprochen werden. Weiterhin wird zwischen "Hauptbehörde" und "Mitwirkungsbehörde" unterschieden¹⁹⁾. In Anlehnung an die Behördenbezeichnungen sollen für die Akte der zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden die Ausdrücke "Hauptakt" bzw. "Mitwirkungsakt" gebraucht werden.

13) Von Obermayer, DVBl. 1958, 140 (141) als Gegensatz zum "Teil-VA" verwendete Bezeichnung. Die Unterscheidung erscheint wenig glücklich. Ein VA läßt sich nicht in verschiedene Teile zerlegen; auch läßt sich kein "Gesamt"-VA aus mehreren "Teil"-VAen bilden. Wir kennen nur einen VA-Begriff. Liegen die Kriterien eines VAes nicht bzw. nur zum Teil vor, so kann das Handeln eines Hoheitsträgers nicht als VA qualifiziert werden. Bei der heute erreichten Durchformung und Differenzierung des öffentlichen Rechts widerspräche es den Grundsätzen juristischer Klarheit, wollte man beim VA-Begriff auf die Eindeutigkeit der Kriterien verzichten.

17) Vgl. Forsthoff, aaO. S. 334.

18) Ein von Wolff II § 77 V (S. 88) verwendeter Terminus.

19) Eyermann-Frohler, aaO. Anm. 56 zu § 42 und Peetz, aaO. S. 11 sprechen von "Erstbehörde" und "Zweitbehörde". Die von uns verwendete Terminologie erscheint plastischer, weil sie mehr auf die Funktionen der beteiligten Behörden abstellt.

Die recht anschaulichen Begriffe "Genehmigungsbehörde" und "Zustimmungsbehörde", die Erlauf, DÖV 1961, 666-667 vorschlägt, sind für unseren weitergesteckten Rahmen zu eng, da sie lediglich die "Zustimmungsvorbereitung" bei behördlichen "Genehmigungen" umfassen. Heitzer, aaO. S. 103 spricht in zu enger Terminologie von "Erlaßbehörde" und "Zustimmungsbehörde". Erlauf, aaO. S. 1 verwendet die Begriffe "Bescheidungsbehörde" und "Mitwirkungsbehörde".

II. VERSCHIEDENARTIGKEIT DER FORMEN DES BEHÖRDLICHEN ZUSAMMENWIRENS

Die Formen behördlicher Beteiligung beim Erlaß von VAen sind weitgehender gradueller Differenzierung fähig. Die Skala der Mitwirkungsakte umfaßt in bunter Folge die Erscheinungsformen: "Zustimmung", "Einvernehmen", "Vor-schlag", "Zulässigkeitsfeststellung", "Widerspruch", "Einholung einer Wei-sung" 20), "Gutachten", "Benennen", "Anhörung", "Erinnerungsberechtigung", "Beteiligung" usw. Die Vielfalt der Mitwirkungsformen erscheint auf den ersten Blick verwirrend. Es soll deshalb versucht werden, die verschiedenen Fälle syste-matisch zu erfassen und auf bestimmte Grundformen zurückzuführen.

Der von Heinze ²¹⁾ benutzte Ordnungsgesichtspunkt der unterschiedlichen Bin-dungsqualität (Art und Intensität der Bindung) ist für unsere Zwecke nicht ver-wendbar, da, wie sich im Verlauf unserer Untersuchung zeigen wird, das Kri-terium der Bindung der Hauptbehörde an den Akt der Mitwirkungsbehörde für die Lösung der hier aufgeworfenen Probleme unergiebig ist.

Auch eine Unterscheidung der Mitwirkungsakte nach dem organisatorischen Ver-hältnis der zusammenwirkenden Behörden zueinander ²²⁾ ist von geringem Er-kenntniswert, da die mit dem Verwaltungsverbund zusammenhängenden Streit-fragen gleichermaßen sowohl bei einem allgemeinen Nachordnungsverhältnis als bei einem Gleichordnungsverhältnis der zusammenwirkenden Behörden auftau-chen.

Am erfolgversprechendsten erscheint es, die verschiedenen Mitwirkungsvorbehalte danach zu unterscheiden, ob ein VA nur bei Vorliegen des vorgeschriebenen Mit-wirkungsaktes der beteiligten Behörde ergehen darf ("obligatorischer Mitwirkungs-akt", oder ob der beteiligten Behörde zwar Gelegenheit zur Mitwirkung gegeben

20) Gemeint ist nicht die interne Weisung im behördlichen Abhängigkeitsver-hältnis, sondern die Weisung zur Einleitung und Durchführung des Zwangs-abtretungsverfahrens nach Art. XIV ZAG vom 17.11.1837 (BayBS I S. 203). In den Rahmen unseres Themas fallen nur Mitwirkungsakte, deren Einho-lung zum Erlaß des Hauptaktes vorgeschrieben ist. Im Gegensatz dazu ist die interne Weisung im behördlichen Abhängigkeitsverhältnis nicht Voraus-setzung für den Erlaß eines VAes. Diese Verschiedenheit wird leider, wie sich noch zeigen wird, häufig verkannt.

21) VerwArch. Bd. 52 (1961), 163. Die Intensität der Bindung dient häufig als Kriterium; vgl. auch Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721.

22) Ein weiterer Ordnungsgesichtspunkt von Heinze, VerwArch. Bd. 52, 171.

werden muß, der Erlaß des betreffenden Hauptaktes jedoch auch ohne das Vorliegen oder im Gegensatz zum Inhalt eines Mitwirkungsaktes der beteiligten Behörde zulässig ist ("fakultativer Mitwirkungsakt") ²³⁾.

Den beiden Gruppen ist gemeinsam, daß die Hauptbehörde verpflichtet ist, der Mitwirkungsbehörde Gelegenheit zur Mitwirkung zu geben. Während jedoch im ersten Fall der vorgeschriebene Mitwirkungsakt der beteiligten Behörde vorliegen muß, damit der Hauptakt ergehen kann, kommt es im zweiten Fall auf ein Tätigwerden der Mitwirkungsbehörde nicht an; ist die Mitwirkungsbehörde im zweiten Fall trotzdem tätig geworden, so wird dadurch die Entscheidungsbefugnis der Hauptbehörde nicht eingeschränkt. Im ersten Fall kann also der betreffende Hauptakt nur in Übereinstimmung mit der mitwirkenden Behörde ergehen ²⁴⁾, wohingegen im zweiten Fall eine derartige Willensübereinstimmung nicht erforderlich ist.

Hinsichtlich der Rechtsnatur der Mitwirkungsakte enthält die erste Gruppe die eigentlich problematischen Fälle, die immer wieder Gegenstand der Auseinandersetzungen in Rechtsprechung und Schrifttum gewesen sind. Die zweite Gruppe hat dagegen meist nur Bedeutung unter dem Aspekt der Fehlerhaftigkeit der Hauptakte.

Im Rahmen der systematischen Erfassung sollen die verschiedenen Mitwirkungsformen an Hand von praktischen Beispielen illustriert werden, wobei mehr auf Vollständigkeit in qualitativer, als in quantitativer Hinsicht gesehen wird.

1. Mitwirkungsakte bei erforderlicher Übereinstimmung

a) Das Zustimmungserfordernis

Ziemlich häufig finden sich in der Gesetzgebung Mitwirkungsvorbehalte, die bestimmte VAE der Hauptbehörde von der "Zustimmung" einer anderen Behörde

²³⁾ Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 170 spricht von obligatorischem und fakultativem "Zusammenwirken". Das ist irreführend; denn Gelegenheit zur Mitwirkung muß der beteiligten Behörde bei allen Mitwirkungsvorbehalten gegeben werden, so daß insofern das Zusammenwirken immer obligatorisch ist. Es kommt darauf an, ob der "Mitwirkungsakt" der beteiligten Behörde vorliegen muß oder nicht.

²⁴⁾ Auf die Meinungen, die die Notwendigkeit der Übereinstimmung leugnen, kann erst später eingegangen werden. Eine systematische Erfassung der Mitwirkungsformen muß sich notwendig zunächst an den Wortlaut der einzelnen Vorschriften anlehnen.

abhängig machen. Aufgrund dieses Zustimmungsvorbehalts hat die Mitwirkungsbehörde in der Regel denselben Sachverhalt darauf zu prüfen, ob die für den Erlass des Hauptaktes zu fordernden rechtlichen Voraussetzungen vorliegen. Von dieser Prüfung hängt es ab, ob die Zustimmung erteilt wird oder nicht. Denkbar ist auch der Fall, daß die Mitwirkungsbehörde die Zustimmung für einen ihr besonders zugewiesenen Sachbereich gibt. Sie hat dann nicht alle Voraussetzungen des zu erlassenden Hauptaktes, sondern nur bestimmte Gesichtspunkte zu überprüfen.

In jedem Fall ist die Hauptbehörde gehalten, den betreffenden Hauptakt erst dann zu erlassen, wenn die Zustimmung der beteiligten Behörde vorliegt²⁵⁾.

Zur Verdeutlichung mögen folgende Beispiele dienen:

aa) § 9 Abs. 2 des Bundesfernstraßengesetzes (BFStrG)²⁶⁾:

"Im übrigen dürfen für die Errichtung oder wesentliche Änderung von Bauanlagen jeder Art längs der Bundesautobahnen in einer Entfernung bis zu 100 m und längs der Bundesstraßen bis zu 40 m, gemessen vom äußeren Rand der befestigten Fahrbahn, oder wenn die Grundstücke eine unmittelbare Zufahrt erhalten, Baugenehmigungen oder nach anderen Vorschriften notwendige Genehmigungen nur mit Zustimmung der Obersten Landesstraßenbaubehörde erteilt werden."

bb) § 12 S. 3 der Rechtsanwaltsordnung für die Britische Zone (RAOBrZ)²⁷⁾:

"Zur Zulassung ist die Zustimmung des Vorstandes der Rechtsanwaltskammer erforderlich; dieser kann die Zustimmung nur aus den in diesem Gesetz bezeichneten Gründen versagen."

25) Vgl. Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 164; Peetz, aaO. S. 20 f.; Friauf, DÖV 1961, 666 (667); Schuegraf, DVBl. 1961, 654 (655); Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721; Heitzer-Oestreich, aaO. Anm. 4 zu § 35; Anm. 2 zu § 31; Clasen, NJW 1959, 752 (754); Petzonka, NJW 1961, 1425 (1427); Dietz, BaWüVBl. 1961, 65 (70); Marschall, aaO. Anm. 4 zu § 9.

26) vom 6.8.1953 (BGBl. I S. 903).

27) vom 10.3.1949 (VOBlBrZ S. 80). Die RAOBrZ ist durch die Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1.8.1959 (BGBl. I S. 565) ersetzt und durch § 232 Abs. 1 Nr. 23 dieses Gesetzes aufgehoben worden. Da die Regelung des § 12 S. 3 jedoch große Beachtung in Literatur und Judikatur gefunden hat, erscheint eine Aufnahme in diese Arbeit als Beispiel für die allgemeine Problematik gerechtfertigt.

cc) § 57 Abs. 4 der Gewerbeordnung für das Deutsche Reich (GewO a.F.)²⁸⁾;

"Der Wandergewerbeschein kann in den Fällen des Abs. 1 Ziff. 3 mit Zustimmung der Obersten Landesbehörde oder der von ihr bestimmten Behörde vor Ablauf der dreijährigen Frist erteilt werden, wenn die Versagung nach den besonderen Umständen des Falles eine unbillige Härte bedeuten würde." 29)

28) vom 21.6.1869 i. d. F. vom 29.9.1953 (BGBl. I S. 1459). Trotz der inzwischen erfolgten Änderung des § 57 Abs. 4 GewO durch Art. 1 Nr. 29 des 4. Änderungsgesetzes zur GewO vom 5.2.1960 (BGBl. I S. 61) hat diese Regelung angesichts der zahlreichen hierzu vorliegenden Äußerungen noch exemplarischen Wert.

29) Weitere Beispiele für den Zustimmungsvorbehalt sind:

§ 2 S. 1 der Verordnung über die deutsche Staatsangehörigkeit vom 5.2.1934 (RGBl. I S. 85);

Ziff. 26 des Rundlasses des Reichsarbeitsministers über den Anbau an Verkehrsstraßen vom 8.9.1936 (RABl. S. 261);

§ 18 Abs. 2 des Berliner Planungsgesetzes vom 22.8.1949 (GVBl. I S. 301);

§ 1 Abs. 3 S. 1 des Zweiten Gesetzes über die Finanzverwaltung (2. FVG) vom 15.5.1952 (BGBl. I S. 293);

§ 5 Abs. 4 S. 4 und § 8 Abs. 1 S. 2 des Bundesfernstraßengesetzes vom 6.8.1953 (BGBl. I S. 903);

§ 5 Abs. 1 des Hessischen Bauaufsichtsgesetzes vom 6.3.1954 (GVBl. 1954 S. 21);

§ 79 Abs. 4 S. 2 des Saarländischen Gesetzes Nr. 471 (Baugesetz) vom 19.7.1955 (ABl. S. 1159);

§§ 24, 25 des Bayerischen Straßen- und Wegegesetzes vom 11.7.1958 (GVBl. S. 147);

§ 6 Abs. 1 Nr. 2 der 3. Verordnung zur Durchführung der Interzonenhandelsverordnung i. d. F. vom 22.8.1958 (Beilage zum Bundesanzeiger Nr. 175 vom 12.9.1958);

§§ 19 Abs. 4 S. 2; 31 Abs. 2 S. 1; 36 Abs. 1 S. 2 des Bundesbaugesetzes vom 23.6.1960 (BGBl. I S. 341);

§ 63 Abs. 3 S. 2 des Aufbaugesetzes vom 1.8.1948 (GVBl. Rheinland-Pfalz S. 317);

§ 4 Abs. 2 der Landespolizeiverordnung über die Polizeistunde in Gast- und Schankwirtschaften vom 28.8.1952 (GVBl. Rheinland-Pfalz S. 121).

§ 62 Abs. 1 des Personalvertretungsgesetzes vom 5.8.1955 (BGBl. I S. 477).

b) Das erforderliche Einvernehmen

Nicht wenige Vorschriften sehen vor Erlaß eines VAes das Einvernehmen mit einer oder mehreren anderen Behörden vor. Nach dem Sprachgebrauch bedeutet das Herstellen des Einvernehmens, daß zwei oder mehrere Behörden bei der Beurteilung desselben Sachverhalts in ihren Auffassungen Übereinstimmung erzielen müssen³⁰⁾. Die Auffassungen sind also aufeinander abzustimmen. Kommt keine "völlige Willensübereinstimmung"³¹⁾ zustande, so darf die Hauptbehörde den betreffenden VA, für den das Einvernehmen vorgeschrieben ist, nicht erlassen.

Überwiegend wird in Literatur und Judikatur kein sachlicher Unterschied zwischen "Zustimmung" und "Einvernehmen" gemacht³²⁾. Gelegentlich findet man eine Unterscheidung in formeller Hinsicht: die Zustimmung soll ausdrücklich erfolgen müssen, das Einvernehmen auch stillschweigend hergestellt werden können³³⁾. Vereinzelt wird jedoch auch die Auffassung vertreten, das Einvernehmen stelle innerhalb der verschiedenen Beteiligungsformen die stärkste Form der Mitwirkung dar, da nach außen nur ein gemeinsamer Wille erklärt werde und völlige Willensübereinstimmung bestehen müsse³⁴⁾. Allerdings findet sich auch der gegenteilige Standpunkt, der die Zustimmung als die intensivste Form der Beteiligung ansieht³⁵⁾.

30) So Fickert, DVBl. 1964, 173; vgl. auch Peetz, aaO. S. 17; Heitzer-Oestreicher, aaO. Anm. 3 zu § 19; Anm. 1 zu § 31; v. Hausen-v.d.Heide, aaO. Anm. 6 zu § 14; Brügelmann-Förster, aaO. Anm. IV 3 zu § 19; BVerwG, Urt. vom 31.8.1960, DÖV 1961, 150.

31) So ausdrücklich BVerwG, Urt. vom 4.11.1960, E 11, 195 (200) = Verw-Rspr. Bd. 13, 533 (537) = DVBl. 1961, 286 (288); Brügelmann-Förster, aaO. Anm. 3 a) aa) zu § 36; vgl. auch Wagener, DVBl. 1962, 537 (538).

32) So sagt Schuegraf, DVBl. 1961, 654 (655): "Nach den gefestigten Gepflogenheiten in Gesetzessprache und Verwaltungspraxis bedeutet Einvernehmen soviel wie Zustimmung ...". Der gleichen Ansicht sind Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721; Stich, DVBl. 1963, 193; Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 164; Schütz-Frohberg, aaO. Anm. 5 zu § 19 und Einl.Nr. 6 (S. 13); BayVGh, Urt. vom 29.3.1951, ES N.F. Bd. 4, 28 (32).

33) Vgl. Marschall, aaO. Anm. 1 zu § 2; Bulling, aaO. S. 112.

34) Vgl. z.B. Fickert, DVBl. 1964, 173.

35) So wohl Kienapfel, DÖV 1963, 96 (99); ähnlich auch Peetz, aaO. S. 19. Schütz, NJW 1963, 2150 (2151) bezeichnet das Wort Einvernehmen als farblos. Es könne zwar die Bedeutung von Zustimmung haben, könne aber auch dem Sinn von "im Benehmen mit" entsprechen.

Im Hinblick auf unsere Problemstellung zeigt sich bei näherer Betrachtung in den verschiedenen Formulierungen kein sachlicher Unterschied. In beiden Fällen ist das Einverständnis zum Erlaß des Hauptaktes erforderlich. Das ergibt sich klar aus dem Wortlaut der beiden Begriffe, ohne daß man auf eine "gefestigte Gepflogenheit in Gesetzessprache und Verwaltungspraxis" ³⁶⁾ zurückzugreifen braucht. Da sich unter dem Gesichtspunkt der erforderlichen Übereinstimmung zwischen Haupt- und Mitwirkungsbehörde beim Erlaß des Hauptaktes aus dem terminologischen Unterschied zwischen Zustimmung und Einvernehmen keine verschiedenen rechtlichen Konsequenzen ergeben, werden beide Fälle im Verlauf unserer Untersuchung gleich behandelt.

Folgende Einvernehmensvorbehalte sollen zur Verdeutlichung im Wortlaut wiedergegeben werden:

aa) § 14 Abs. 2 S. 2 des Bundesbaugesetzes (BBauG) ³⁷⁾:

"Die Entscheidung über Ausnahmen trifft die Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde."

§ 19 Abs. 4 S. 1 und 2 BBauG:

"Die Genehmigung wird durch die Gemeinde erteilt, wenn sie für die Erteilung der Baugenehmigung zuständig ist, im übrigen durch die Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde (Genehmigungsbehörde). Im Falle des Absatzes 2 darf die Genehmigung nur mit Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde erteilt werden ..."

§ 31 Abs. 2 S. 1 BBauG:

"Im übrigen kann die Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde und mit Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde Befreiung erteilen, wenn ..."

§ 36 Abs. 1 BBauG:

"Über die Zulässigkeit von Vorhaben nach §§ 33 bis 35 wird im Baugenehmigungsverfahren von der Baugenehmigungsbehörde im Einvernehmen mit der Gemeinde entschieden. In den Fällen der §§ 33 und 35 Abs. 2 ist auch die Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde erforderlich."

6) Worauf sich Schuegraf, DVBl. 1961, 654 (655) beruft.
37) vom 23.6.1960 (BGBl. I S. 341).

bb) § 49 Abs. 1 S. 2 des Gesetzes über das Kreditwesen (KWG) ³⁸⁾:

"Die Erlaubnis gemäß § 3 darf von der Aufsichtsbehörde nur im Einvernehmen mit der nunmehr statt des Reichswirtschaftsministers zuständigen Stelle erteilt werden." ³⁹⁾

c) Die Mitwirkungsvorbehalte der "Zulässigkeitsfeststellung", der "Einholung der Weisung", des "Vorschlags" und der "Genehmigung"

Den Vorbehalten der Zustimmung und des Einvernehmens an die Seite zu stellen sind die Mitwirkungsformen der "Zulässigkeitsfeststellung", der "Einholung der Weisung", des "Vorschlags" und der "Genehmigung". Allen diesen Mitwirkungsvorbehalten ist gemeinsam, daß ohne das Vorliegen des Mitwirkungsaktes der Hauptakt nicht ergehen darf. Zwischen Haupt- und Mitwirkungsbehörde muß also Übereinstimmung in bezug auf den Hauptakt erzielt werden. In diesem Zusammenhang ist es ohne Bedeutung, ob die beteiligte Behörde alle oder nur einen Teil der rechtlichen Voraussetzungen des Hauptaktes überprüfen darf und ob der Erlaß des Mitwirkungsaktes vor oder nach Erlaß des Hauptaktes zu erfolgen hat ⁴⁰⁾.

38) vom 25.9.1939 (RGBl. I S. 1955); geändert durch die Verordnungen vom 23.7.1940 (RGBl. I S. 1047) und vom 18.9.1944 (RGBl. I S. 211). Obwohl das Gesetz inzwischen durch § 63 Abs. 1 S. 1 des Gesetzes über das Kreditwesen vom 10.7.1961 (BGBl. I S. 881) aufgehoben worden ist, hat § 49 Abs. 1 S. 2 wegen der vorliegenden Äußerungen in Literatur und Judikatur noch exemplarische Bedeutung.

39) Weitere Beispiele für das Erfordernis des Einvernehmens sind:
 § 6 S. 1 des Reichsbesetzungsgesetzes vom 16.12.1927 (RGBl. I S. 349);
 § 2 Abs. 1 S. 1 der Verordnung über Baubeschränkungen zur Sicherung der Gewinnung von Bodenschätzen vom 28.2.1939 (RGBl. I S. 381);
 § 5 Abs. 2 des Gesetzes über die Finanzverwaltung vom 6.9.1950 (BGBl. I S. 448);
 § 15 des Arbeitsgerichtsgesetzes vom 3.9.1953 (BGBl. I S. 1267) i. d. F. vom 2.12.1955 (BGBl. I S. 743).

40) Diese Fragen sind an späterer Stelle zu untersuchen. Für die Gleichbehandlung dieser Formen mit Zustimmung und Einvernehmen tritt auch Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 166 f. ein.

Nicht anders ist auch das in der Bedarfsstellenbekanntmachung vom 11.1.1944 (RGBl. I S. 13) (Ziff. 1 zu § 15 Abs. 1 des Reichsleistungsgesetzes) vorgesehen gewesene Einverständnis der Wehrsaatzinspektoren zu der "Inanspruchnahme "zur Verfügung" von Kraftfahrzeugen durch den Bevollmächtigten für den Nahverkehr nach dem Reichsleistungsgesetz zu beurteilen. Auch die Ermächtigungen und Billigungen sind in diese Gruppe einzustufen.

Als Beispiele aus der Gesetzgebung seien angeführt:

- aa) § 11 Abs. 1 des Gesetzes zur Förderung der Energiewirtschaft (EWG) ⁴¹⁾:
 "Soweit für Zwecke der öffentlichen Energieversorgung die Entziehung oder die Beschränkung von Grundeigentum oder Rechten am Grundeigentum im Wege der Enteignung erforderlich wird, stellt der Reichswirtschaftsminister die Zulässigkeit der Enteignung fest."
- bb) Art. XIV Abs. 2 des Gesetzes die Zwangsabtretung von Grundeigentum für öffentliche Zwecke betreffend (ZAG) ⁴²⁾:
 "Die Kreisverwaltungsbehörde erhält die Weisung der Regierung zur Einleitung und Durchführung des Zwangsabtretungsverfahrens ..."
- cc) § 4 Abs. 3 des Schwerbeschädigtengesetzes (SchwBG) ⁴³⁾:
 "Die Bundesanstalt kann auf Vorschlag der Hauptfürsorgestelle in besonderen Fällen zulassen, daß die Beschäftigung Schwerbeschädigter, deren Unterbringung auf besondere Schwierigkeiten stößt, insbesondere Schwerbeschädigter nach Absatz 1 Buchstaben a bis c, auf je zwei Pflichtplätze (§ 3) angerechnet wird."
- dd) § 1 Abs. 2 S. 2 der Verordnung über Baubeschränkungen zur Sicherung der Gewinnung von Bodenschätzen ⁴⁴⁾:
 "Die Anordnung bedarf der Genehmigung des Reichsarbeitsministers, der diese im Einvernehmen mit den beteiligten Reichsministern erteilt." ⁴⁵⁾

⁴¹⁾ vom 13.12.1935 (RGBl. I S. 1451).

⁴²⁾ vom 17.11.1837 (BayBS I S. 203).

⁴³⁾ vom 16.6.1953 (BGBl. I S. 389).

⁴⁴⁾ vom 28.2.1939 (RGBl. I S. 381).

⁴⁵⁾ Weitere in diese Gruppe fallende Beispiele:

§ 1 Abs. 2 des Personalgutachterausschußgesetzes vom 23.7.1955 (BGBl. I S. 451);

§ 2 des preußischen Gesetzes über die Enteignung von Grundeigentum vom 11.6.1874 (GS S. 221).

d) Die Mitwirkungsmöglichkeit des "Widerspruchs"

Das Zustimmungserfordernis kann auch in die negative Formel gekleidet sein: "Soweit ... nicht widerspricht" ⁴⁶⁾. Während bei der positiven Formulierung der Mitwirkungsakt ergehen muß, damit die Hauptbehörde ihren VA erlassen kann, darf bei der negativen Form des Mitwirkungsvorbehalts der betreffende Hauptakt nur gesetzt werden, wenn die Mitwirkungsbehörde von ihrem Widerspruchsrecht keinen Gebrauch macht. In beiden Fällen muß also die beteiligte Behörde mit dem Erlaß des Hauptaktes einverstanden sein. Deshalb rechtfertigt sich die systematische Einordnung der Mitwirkungsmöglichkeit des "Widerspruchs" in die Gruppe der Mitwirkungsakte bei erforderlicher Übereinstimmung.

Ein Beispiel dafür ist:

§ 13 Abs. 1 S. 1 des Gesetzes über die Ausübung der Zahnheilkunde (ZHK) ⁴⁷⁾:

"Wurde die zahnärztliche Prüfung im Ausland abgelegt oder ist ein Bewerber, der die Prüfung im Inland abgelegt hat, nicht Deutscher im Sinne des Artikels 116 des Grundgesetzes, so kann eine Erlaubnis zur Ausübung der Zahnheilkunde oder in besonderen Fällen eine Bestallung nur erteilt werden, wenn die Bundesregierung nicht widerspricht." ⁴⁸⁾

2. Mitwirkungsakte bei nichterforderlicher Übereinstimmung

a) Die Mitwirkung in Form der Anhörung

Dem Anhörungserfordernis ist Genüge getan, wenn der anhörungsberechtigten Behörde vor der Entscheidung der Hauptbehörde Gelegenheit zur Stellungnahme binnen angemessener Frist gegeben worden ist ⁴⁹⁾. Der Mitwirkungsbehörde wird normativ die Möglichkeit eingeräumt, auf nach ihrer Meinung wichtige Gesichtspunkte hinzuweisen. Die anhörungsberechtigte Behörde kann also in Form der

46) Vgl. Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721.

47) vom 31.3.1952 (BGBl. I S. 221).

48) Ein weiteres Beispiel ist:

§ 1 Abs. 1 Ziff. 1 des Gesetzes über den Personalgutachterausschuß für die Streitkräfte vom 23.7.1955 (BGBl. I S. 451) i. V. m. § 2 Abs. 3 Ziff. 3 des 2. Gesetzes über den Bundesgrenzschutz vom 30.5.1956 (BGBl. I S. 436).

49) Vgl. Peetz, aaO. S. 13; Heitzer, aaO. S. 57; Bulling, aaO. S. 110; Landmann-Rohmer, aaO. (12. Aufl.) § 35 Rdnr. 105.

Meinungsäußerung versuchen, auf die Entscheidung der Hauptbehörde Einfluß zu nehmen. Jedoch besteht ihre Einflußmöglichkeit lediglich in ihrer Überzeugungskraft. Das Recht der Hauptbehörde, nach eigenen Erwägungen zu entscheiden, wird durch die Mitwirkung der beteiligten Behörde nicht berührt⁵⁰⁾. Allerdings hat die Hauptbehörde das Vorbringen der beteiligten Behörde zu prüfen und gegebenenfalls zu berücksichtigen. Unterläßt es die Hauptbehörde, bei ihrer eigenen Entscheidung die Auffassung der anderen Behörde mitzuverwerten, d.h. die sachlichen und rechtlichen Erwägungen sorgfältig zu prüfen, so kann ein Ermessensfehler vorliegen, der den Hauptakt rechtswidrig macht. Macht die Mitwirkungsbehörde von ihrem Recht, angehört zu werden, keinen Gebrauch, so kann der Hauptakt rechtmäßig auch ohne Mitwirkung erlassen werden. Eine Übereinstimmung zwischen Haupt- und Mitwirkungsbehörde ist also nicht erforderlich.

Die Anhörungsbestimmungen sind zahlreich. Folgende Beispiele seien herausgegriffen:

aa) § 35 Abs. 2 des Schwerbeschädigtengesetzes⁵¹⁾:

"Sollen schwerbeschädigte Beamte auf Lebenszeit vorzeitig in den Ruhestand versetzt oder schwerbeschädigte Beamte auf Widerruf, auf Kündigung oder auf Probe entlassen werden, so sind vorher der Vertrauensmann der Dienststelle, die den Beamten beschäftigt, und die Hauptfürsorgestelle zu hören."

bb) § 2 Abs. 2 S. 2 der Verordnung über Baubeschränkungen zur Sicherung der Gewinnung von Bodenschätzen⁵²⁾:

"Vor der Entscheidung ist die mittlere Landesbergbehörde ... zu hören, wenn eine solche nicht vorhanden ist, die oberste Landesbergbehörde zu hören."⁵³⁾

⁵⁰⁾ Vgl. Frieschmann-Wemgart, DÖV 1962, 721; Heintze, VerwArch, Bd. 52 (1961), 167 f.; Peetz, aaO. S. 13; Heitzer, aaO. S. 57; Bulling, aaO. S. 108; OVG Münster, DÖV 1958, 716; OVG Hamburg, DVBl. 1959, 667 (669).

⁵¹⁾ vom 16.6.1953 (BGBl. I S. 389).

⁵²⁾ vom 28.2.1939 (RGBl. I S. 381).

⁵³⁾ Weitere Fälle sind:

§ 13 Abs. 1 des Gaststatutengesetzes vom 28.4.1936 (RGBl. I S. 146;

§ 14 des Personenbeförderungsgesetzes vom 21.3.1961 (BGBl. I S. 241).

b) Die Mitwirkung in Form des Benehmens

Das Benehmen wird in Schrifttum und Rechtsprechung überwiegend der Anhörung rechtlich gleichgestellt⁵⁴⁾. Die gelegentlich gemachte Unterscheidung, wonach das Benehmen einen wechselseitigen Gedankenaustausch zwischen den beteiligten Behörden erfordere, während bei der Anhörung nur die beteiligte Behörde ihre Erwägungen geltend mache, will damit nicht die grundsätzliche rechtliche Gleichartigkeit beider Formen leugnen⁵⁵⁾.

"Benehmen" ist jedoch nicht mit "Einvernehmen" zu verwechseln. Im Gegensatz zum Einvernehmen bedeutet Benehmen lediglich eine Fühlungnahme, beeinträchtigt aber nicht die alleinige Entscheidungsbefugnis der Hauptbehörde. Während beim Einvernehmen völlige Willensübereinstimmung zwischen den zusammenwirkenden Behörden bestehen muß, genügt beim Benehmen der Versuch einer Einigung⁵⁶⁾. Daß nicht nur ein terminologischer, sondern auch ein sachlicher Unterschied besteht, kommt besonders deutlich in der direkten Gegenüberstellung von "Benehmen" und "Einvernehmen" in Art. 108 GG zum Ausdruck⁵⁷⁾. Beim Benehmen muß sich die Hauptbehörde lediglich mit der beteiligten Behörde beraten. Sie hat die sachlichen und rechtlichen Erwägungen der mitwirkenden Behörde sorgfältig zu prüfen; sie ist jedoch nicht verpflichtet, deren Meinung ihrer eigenen Entscheidung zugrunde zu legen. Schlägt der Versuch einer Einigung fehl, so hat die Hauptbehörde nach ihrer pflichtgemäßen Überzeugung zu ent-

54) Vgl. Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 168; Stern, BayVBl. 1957, 86.

55) Vgl. Peetz, aaO. S. 15 ("Benehmen bedeutet Anhörung und eingehende Beratung mit der Mitwirkungsbehörde ... Rechtlich ist das Benehmen der Anhörung gleichzusetzen"); BVerwG, DÖV 1961, 150 f.; vgl. auch Fickert, DVBl. 1964, 173, der die Anhörung als eine schwächere Beteiligungsform einer - meist nachgeordneten - Behörde ansieht.

56) Vgl. Peetz, aaO. S. 15; Bulling, aaO. S. 109; Wolff II § 77 V c 2 (S. 91); Dietz, BaWüVBl. 1961, 65 (67); Fickert, DVBl. 1964, 173; Heitzer-Oestreicher, aaO. Anm. 3 zu § 19; Württ.-Bad. VGH, DÖV 1951, 642; BVerwG, DÖV 1961, 302 (303); abzulehnen ist die Auffassung des OVG Münster, Vkl. 1957, 309, das Benehmen sei mit dem Einvernehmen gleichzusetzen. Ähnlich irreführend und nicht vertretbar ist auch die Differenzierung von Schütz, NJW 1963, 2150 (2151), wonach das "farblose" Wort "Einvernehmen" in den Fällen von Entscheidungsfreiheit die Bedeutung von "Zustimmung" haben könne, im übrigen dem Sinn von "im Benehmen mit" entspreche.

57) Vgl. Art. 108 Abs. 1 S. 3 GG einerseits und Art. 108 Abs. 3 S. 3 GG andererseits; s. auch § 37 Abs. 2 BBauG.

scheiden⁵⁸⁾. Eine Übereinstimmung zwischen Haupt- und Mitwirkungsbehörde ist also auch hier nicht erforderlich.

Als Beispiel seien folgende Bestimmungen hervorgehoben:

aa) § 19 Abs. 1 des Reichsnaturschutzgesetzes (NatSchG)⁵⁹⁾:

"Die oberste und mit ihrer Ermächtigung die höhere oder untere Naturschutzbehörde kann im Benehmen mit den beteiligten Behörden Anordnungen i. S. des § 5 treffen."

bb) § 13 Abs. 1 S. 2 des Gesetzes über die Ausübung der Zahnheilkunde (ZHK)⁶⁰⁾:

"Die Erlaubnis oder die Bestallung kann nur im Benehmen mit der Bundesregierung versagt werden."

c) Die Mitwirkung in Form des Gutachtens

In einigen Fällen steht der Mitwirkungsverhalt das Gutachten einer anderen Behörde vor. Auch hier ist nach Wortlaut und Sinn dieser Mitwirkungsform eine Übereinstimmung zwischen Haupt- und Mitwirkungsbehörde zum Erlaß des Hauptaktes nicht erforderlich. Mit dem Gutachten, das die beteiligte Behörde der Hauptbehörde überträgt, überträgt sie zugleich auch ihre eigene Meinung über die Angelegenheit. In der Praxis ist es üblich, daß alle Hauptbehörden, die eine Mitwirkungsbehörde vorzulegen hat, die Gutachten über ihre Angelegenheit abgeben. Diese Gutachten sind nicht bindend, die Hauptbehörde trifft die Entscheidung. Die Gutachten der Mitwirkungsbehörde sind jedoch in der Praxis von großer Bedeutung. Sie sind ein wichtiger Bestandteil der Entscheidung. Die Hauptbehörde kann sie auch im Rahmen der Ermessensausübung aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen ganz oder teilweise der Mitwirkungsbehörde hinwegsetzen. Deshalb empfiehlt es sich die Einstufung in die zweite Fallgruppe der Mitwirkungsverbehalte.

58) Vgl. BVerwG, DÖV 1961, 150 f.; Fickert, DVBl. 1964, 173.

59) vom 26.6.1935 (RGBl. I S. 821), abgeändert durch Gesetz vom 29.9.1935 (RGBl. I S. 1191), vom 1.12.1936 (RGBl. I S. 986, 1001) und vom 20.1.1938 (RGBl. I S. 36).

60) vom 31.3.1952 (BGBl. I S. 221).

61) Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 167; Fickert, DVBl. 1964, 173; BVerwG, Urt. v. 13.12.1963, DVBl. 1964, 631.

Folgende Beispiele sollen zur Verdeutlichung dienen:

aa) § 70 der Bayerischen Bauordnung (BO) ⁶²⁾:

"Bei allen Baugesuchen, bei welchen es sich um gesundheitspolitische Fragen handelt, ist vor der Sachbescheidung das Gutachten der einschlägigen Medizinalbehörde einzuholen."

bb) § 3 Abs. 1 der Bayerischen Rechtsanwaltsordnung (Bayer. RAO) ⁶³⁾:

"Vor der Entscheidung ist der Vorstand der Rechtsanwaltskammer gutachtlich zu hören."

III. ZUSAMMENWIRKEN VERSCHIEDENER VERWALTUNGSBEHÖRDEN

Die vorliegende Untersuchung befaßt sich mit dem Zusammenwirken verschiedener Verwaltungsbehörden. Nicht behandelt werden also Fragen des Zusammenwirkens verschiedener Mitglieder oder Stellen derselben Behörde ⁶⁴⁾. Während die Mitwirkungsakte, die im Rahmen einer aus mehreren Stellen zusammengesetzten Behörde ergehen, im internen Bereich der betreffenden Behörde verbleiben und sich nur auf die Erledigung des Geschäftsgangs und die Zusammenarbeit der einzelnen Stellen beziehen, dringen beim Zusammenwirken mehrerer Verwaltungsbehörden die einzelnen Mitwirkungsakte über den internen Behördebereich hinaus und gelangen zur Kenntnis einer außenstehenden Stelle.

Die Fragen, wann eine Behörde vorliegt, ob der Begriff der Behörde extensiv oder restriktiv auszulegen ist, welche Kriterien für die Abgrenzung zwischen einer Behörde und dem bloßen Behördenrat bestimmt sind, sind wiederholt eingehend untersucht worden ⁶⁵⁾. Im Rahmen dieser Vorbemerkungen kommt es nur auf die grundsätzliche Klärung der mit unserem Thema zusammenhängenden Be-

⁶²⁾ vom 1.8.1954 (Bd. F. vom 15.11.1954, GVBl. I S. 210 = 12938 N. S. 446).

⁶³⁾ vom 1.8.1959 (GVBl. I S. 565). Obwohl die Bayer. RAO durch die Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1.8.1959 (BGBl. I S. 565) ersetzt und durch § 232 Abs. 1 Nr. 17 dieses Gesetzes aufgehoben worden ist, hat sie doch noch exemplarische Bedeutung.

⁶⁴⁾ Zu dieser Frage, vgl. z.B. das Urteil des BGH vom 11.11.1950, E 10, 194 ff. und das Urteil des BVerwG vom 5.6.1959, E 9, 1 ff.

⁶⁵⁾ Vgl. Obermayer, VA, S. 62 ff.; Rasch, VerwArch. Bd. 50 (1959), 1 ff.

griffe an. Es kann daher genügen, den Behördenbegriff, wie er sich in Lehre und Rechtsprechung entwickelt hat, kurz zu skizzieren, ohne auf die oft schwierigen Abgrenzungsfragen, die eine besondere Abhandlung erforderten, eingehen zu müssen.

Der Begriff der Verwaltungsbehörde wird von der Verwaltungsgerichtsordnung vorausgesetzt. Das Gesetz enthält selbst keine Vorschrift, in der der Begriff näher bestimmt wird. Nach der Begriffsbestimmung, die in § 25 Abs. 2 der Verordnung Nr. 165 der Britischen Militärregierung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone enthalten war, ist eine Verwaltungsbehörde "jede mit Aufgaben der öffentlichen Verwaltung betraute deutsche Stelle ohne Rücksicht auf ihre Rangstufe oder Besetzung, jedoch mit Ausnahme der Gerichte und Amtsstellen der Religionsgemeinschaften". Obermayer⁶⁶⁾ zieht diese Legaldefinition zur begrifflichen Festlegung der für den Erlaß eines VAes geeigneten Stellen heran und versucht im Wege einer sinngemäßen Auslegung die noch bestehenden Unklarheiten zu beseitigen. Nach seiner Auffassung kommt es bei den einem Verwaltungsträger organisatorisch eingeordneten Stellen nicht darauf an, ob sie mit Aufgaben hoheitlicher oder fiskalischer Verwaltung beauftragt sind, da die Fähigkeit zum Erlaß von VAen sich immer aus der Autorität des dahinterstehenden Hoheitsträgers ergebe⁶⁷⁾. Er definiert die Verwaltungsbehörde als "Stelle eines mit Hoheitsbefugnissen ausgestatteten Rechtssubjekts (öffentlich-rechtlicher Verband oder betrieblicher Unternehmer) mit Ausnahme der gesetzgebenden Körperschaften, die durch ihre organisatorisch-institutionelle Einheit und Selbständigkeit gekennzeichnet ist".

Auch den übrigen Definitionsversuchen ist zu entnehmen, daß die Behördeneigenschaft einer Einrichtung in der Regel dann bejaht wird, wenn es sich um eine organisatorisch selbständige Stelle in der öffentlichen Verwaltung handelt, die zum Erlass von Maßnahmen befugt oder befähigt ist, durch die Einzelfälle nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts geregelt werden⁶⁸⁾. Es ist nicht zu verkennen, daß der Begriff der Verwaltungsbehörde in engster Beziehung zu dem Begriff des VAes steht. Das zeigt sich besonders darin, wie Rasch⁶⁹⁾ mit Recht betont, daß der Begriff des VAes sehr leihen mit Hilfe der Verwaltungsbehörde

66) VA S. 67.

67) Vgl. Obermayer, VA, S. 64.

Vgl. die Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 IV i. H.; ders., Verwaltungsprozeßrecht, S. 18; Hermann-Frohler, aaO. § 42 Rdnr. 65; Rasch, VerwArch. 30. (1959) 28; Buiting, aaO. S. 35; Wolff II § 76 I d 3; BVerwG, DÖV 1958, 660 (661).

69) VerwArch. Bd. 50 (1959), 21.

definiert worden ist ⁷⁰⁾.

Diese Konnexität zwischen Verwaltungsbehörde und VA erlangt in unserem Zusammenhang besondere Bedeutung, wenn ein Ausschuß durch Mitwirkungsvorbehalt am Erlaß eines VAes beteiligt ist (z.B. nach § 1 Abs. 2 PGAG ⁷¹⁾ oder nach §§ 21, 22, 24, 98 BBG ⁷²⁾). Hier wird die Behördeneigenschaft des Ausschusses häufig in apodiktischer Weise mit dem Argument verneint, der Ausschuß übe nicht mit Wirkung nach außen Verwaltungstätigkeit aus ⁷³⁾. Jedoch ist es gerade die Frage, ob der normativ vorgeschriebene Mitwirkungsakt eines Ausschusses lediglich interne Wirkung hat, oder ob er das Kriterium der unmittelbaren Rechtserheblichkeit in der Außenwelt erfüllt. Dieses Problem wird uns an späterer Stelle noch eingehend beschäftigen.

Um eine Verwaltungsbehörde gegen einzelne ihr zugehörige Behördenteile abzugrenzen, ist von dem Erfordernis einer organisatorisch-institutionellen Einheit der Verwaltungsbehörde auszugehen ⁷⁴⁾. Im Gegensatz zu den verschiedenen Teilen einer Behörde tritt die Verwaltungsbehörde, um mit Huber ⁷⁵⁾ zu sprechen, "als ein selbständiges Ganzes in Erscheinung". Die Maßnahmen der einzelnen Behördenteile - Abteilungen, Referate, Amtsträger - werden stets der Verwaltungsbehörde zugerechnet, der ein bestimmter Aufgabenbereich zur selbständigen Erledigung übertragen ist ⁷⁶⁾. "Kennzeichen eines Behördenteils ist, daß der Leiter des Teils keine eigene Entscheidungsbefugnis besitzt, sondern verantwortlich der

70) Vgl. z.B. Art. 61 des von Hegelmaier im Jahre 1931 herausgegebenen Entwurfs einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg: "Verwaltungsakte im Sinne dieses Gesetzes sind die von einer Verwaltungsbehörde in Ausübung der öffentlichen Gewalt zur Ordnung bestimmter Verhältnisse im Einzelfall erlassenen Verfügungen und Entscheidungen". Vgl. auch § 25 Abs. 1 S. 1 MRVO Nr. 165; § 23 Abs. 1 BerIVGG; § 20 Abs. 1 VGG Saarland.

71) vom 23.7.1955 (BGBl. I S. 451).

72) In der Fassung vom 1.10.1961 (BGBl. I S. 1801).

73) Vgl. z.B. Baring, ZBR 1957, 4 (5) bezüglich des Bundespersonalausschusses; Kipp, DÖV 1957, 513 (519) hinsichtlich des Richterwahlausschusses und des Personalgutachterausschusses für die Streitkräfte; Rasch, VerwArch Bd. 50 (1959), 12; a.M. Ule, ZBR 1958, 209 (210).

Vgl. allgemein zum Behördencharakter der Ausschüsse Rasch, aaO, S. 14 Anm. 83.

74) Vgl. Huber I S. 85 f.

75) I S. 87; ähnlich auch Peetz, aaO. S. 116; Rasch, VerwArch. Bd. 50 (1959), 18.

76) Vgl. Obermayer, VA, S. 66.

Behördenvorstand der Gesamtbehörde ist." 77)

Die Unterscheidung zwischen Behörde und Behördenteil kann auch im Zusammenhang mit unserem Problemkomplex Bedeutung erlangen. Wo beispielsweise bei einer kreisangehörigen Gemeinde das Landratsamt auf Grund eines Mitwirkungsvorbehalts beim Erlaß eines VAes der Gemeinde mitwirkt, also zwei Behörden zusammenwirken, bleibt bei der kreisfreien Stadt diese Mitwirkung eine Handlung eines Referats innerhalb der gleichen Behörde, so daß von einem Zusammenwirken in unserem Sinne (scil. Zusammenwirken mehrerer Behörden) nicht mehr gesprochen werden kann.

IV. ZUSAMMENWIRKEN AUFGRUND EINER NORM

Der Mitwirkungsvorbehalt kann auf Gesetz, Rechtsverordnung, Satzung oder Verwaltungsverordnung beruhen. Da auch eine Verwaltungsverordnung das Zusammenwirken mehrerer Verwaltungsbehörden vorschreiben kann, verbietet es sich, die verschiedenen Mitwirkungsvorschriften unter den Oberbegriff "Rechtsnorm" zu subsumieren. Die Wahl dieser Bezeichnung wäre nur vertretbar, wenn man den Begriff der Rechtsnorm im Sinne der Merkl - Kelsenschen Stufentheorie 78) so auffassen würde, daß er "alles rechtlich Verbindliche deckt". Bei dieser Definition 79) müßte auch die Verwaltungsverordnung als generell-abstrakte "Rechtsnorm" angesehen werden. 80) Jedoch hat es sich überwiegend in Lehre und Rechtsprechung eingebürgert, eine Vorschrift nur dann als Rechtsnorm zu bezeichnen, wenn sie den Richter unmittelbar bindet 81) und damit geeignet ist, als Obersatz in einem richterlichen Syllogismus zu fungieren 82).

77) So Rasch, VerwArch. Bd. 50 (1959), 18.

78) Vgl. Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff, S. 181 f., 199 ff., 213 ff.; Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 62 ff.

79) Auch Jesch, Gesetz, S. 24, hat diese Definition für die Zwecke seiner Abhandlung gewählt.

80) Auch der VA wäre eine individuell-konkrete "Rechtsnorm".

Dabei wird der Begriff der Rechtsnorm in der Regel mit dem Begriff des Rechtssatzes gleichgesetzt; vgl. z.B. Forsthoff, aaO. S. 121 und 129; Wolff, § 20 VIII a 2 (S. 108), Menger, VerwArch. Bd. 52 (1962), 393; Bachof, JZ 1956, 35 f.; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 47 Anm. II 1; Stecher, DÖV 1960, 374 (375); Obermayer, JZ 1962, 64 (65).

81) Im Gegensatz zu Jesch, Gesetz, S. 24, der "Rechtssatz" und "Rechtsnorm" durch das Kriterium der richterlichen Bindung unterscheidet.

Den Vorschriften, die zwar intern rechtlich relevant sind, die jedoch den Richter nicht unmittelbar binden, wird von der herrschenden Auffassung die Rechtsnormqualität abgesprochen. Zwar mag man vom Standpunkt einer rein theoretischen Logik aus die Unterscheidung zwischen Rechtsnorm und Nicht-Rechtsnorm, die jedoch interne rechtliche Wirkungen zeitigt, als "unsinnig" oder als "groteske Konsequenz der herrschenden Theorie" bezeichnen⁸³⁾. Wie jedoch Forsthoff⁸⁴⁾ zu Recht ausführt, sind verwaltungsrechtliche Begriffe nicht nur nach dem Maßstab der theoretischen Vernunft, sondern auch und vornehmlich nach dem der praktischen Vernunft zu messen. Eine Abweichung vom herkömmlichen Sinn des Begriffs der Rechtsnorm würde unnötig zu terminologischen Verwirrungen führen und soll deshalb hier vermieden werden. Als Rechtsnorm wird also nur diejenige Vorschrift angesehen, die den Richter unmittelbar bindet.

Da nach der überkommenen Lehre der Richter an Verwaltungsverordnungen nicht unmittelbar gebunden ist, jedoch ein Mitwirkungsvorbehalt auch auf einer Verwaltungsvorschrift beruhen kann, empfiehlt es sich, von der sowohl die Vorschriften mit Innen- als auch mit Außenwirkung umfassenden "Norm" als Oberbegriff auszugehen, um alle denkbaren Mitwirkungsfälle zu erfassen. Für die Zwecke dieser Abhandlung wird daher der Mitwirkungsvorbehalt als das normativ vorgesehene Zusammenwirken mehrerer Verwaltungsbehörden beim Erlass von VAen definiert. Mit der Frage, ob die Norm, auf der ein Mitwirkungsvorbehalt beruht, Rechtsnorm- bzw. Rechtssatzqualität aufweist oder als Verwaltungsvorschrift anzusehen ist, sowie mit der eng damit zusammenhängenden Frage nach den möglichen rechtlichen Konsequenzen, die sich aus dieser Unterscheidung für unsere Problematik ergeben könnten, werden wir uns an späterer Stelle noch eingehend zu befassen haben.

83) So Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 560 f.

84) aaO. S. 120 f.

TEIL I

RECHTSNATUR DER BEHÖRDLICHEN MITWIRKUNGSAKTE

Nach dem Versuch einer Klärung der wichtigsten in unserem Zusammenhang interessierenden Präliminarfragen und nach der Differenzierung und systematischen Erfassung der verschiedenen Mitwirkungsakte ist die Grundlage geschaffen, auf der wir nunmehr in die eigentliche Auseinandersetzung mit den aufgeworfenen Problemen eintreten können. Die Untersuchung der Rechtsnatur der einzelnen Mitwirkungsakte soll getrennt nach den folgenden beiden bereits im Rahmen der terminologischen Vorbemerkungen entwickelten Fallgruppen erfolgen:

1. Mitwirkungsakte bei "erforderlicher Übereinstimmung" der zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden.
2. Mitwirkungsakte bei "nichterforderlicher Übereinstimmung" der zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden.

1. ABSCHNITT: RECHTSNATUR DER BEHÖRDLICHEN MITWIRKUNGSAKTE BEI "ERFORDERLICHER ÜBEREINSTIMMUNG" DER ZUSAMMENWIRKENDEN VERWALTUNGSBEHÖRDEN

A. DARSTELLUNG UND KRITIK DER BISHERIGEN LÖSUNGSVERSUCHE IN WISSENSCHAFT UND RECHTSPRECHUNG

3. KAPITEL: DARSTELLUNG

Literatur und Judikatur haben sich wiederholt mit der Rechtsnatur behördlicher Mitwirkungsakte befaßt. Aus der Fülle der vorliegenden Stellungnahmen lassen sich die Grundmiffassungen herausheben, die vor der kritischen Überprüfung der einzelnen Argumente kurz skizziert werden sollen.

I. MITWIRKUNGSAKT ALS VERWALTUNGSINTERNER VORGANG

Die eine Ansicht geht dahin, daß allein die Verfügung der Hauptbehörde einen VA darstelle, während der Akt der Mitwirkungsbehörde lediglich den Charakter eines verwaltungsinternen Vorgangs habe.

Diese Meinung, deren Hauptvertreter das Bundesverwaltungsgericht ist ¹⁾ ²⁾, beruft

- 1) Vgl. BVerwG, Urt. vom 29.6.1954, E 1, 169 ff. = DVBl. 1954, 646 f. = DÖV 1954, 664 f. = NJW 1954, 1662 f.; Urt. vom 10.5.1955, E 2, 95 ff. = NJW 1955, 1530 ff. (beide Urteile ergingen zu § 12 S. 2 u. 3 RAOBrZ); Urt. vom 23.1.1958, DÖV 1958, 305 f. = VerwRspr. Bd. 10, 755 ff. = DVBl. 1958, 391 f. = JR 1958, 273; Urt. vom 10.7.1958, JR 1959, 111 f. (beide Urteile ergingen zu § 3 Abs. 2 RAO 1946 und zu § 12 S. 2 RAOBrZ; Urt. vom 10.7.1958, DÖV 1959, 61 ff. = BayVBl. 1959, 88 f. = NJW 1959, 590 ff. (zu § 49 KWG); vgl. auch BVerwG, Urt. vom 23.1.1961, E 12, 20 ff. = DVBl. 1961, 375 ff. = NJW 1961, 1321 f. (zu § 1 Abs. 2 PGAG). Neuerdings hat das Bundesverwaltungsgericht in seinen beiden Urteilen vom 28.5.1963 - IC 247, 58 - DVBl. 1963, 815 ff. = NJW 1963, 2088 ff. = MDR 1963, 953 f. = BayVBl. 1964, 51 ff. und - IC 99, 59 - BayVBl. 1964, 49 ff. die Zustimmung (nicht die "Versagung der Zustimmung") nach § 9 Abs. 2 BFStrG als einen im Verfahrensbereich verbleibenden behördeninternen Vorgang angesehen.
- 2) Folgend soll eine Übersicht über die sonstigen einschlägigen Äußerungen, die die VA-Qualität der Mitwirkungsakte verneinen, gegeben werden:
 - a) Zu § 9 Abs. 2 BFStrG: VG Stuttgart, Urt. vom 29.4.1955 - 3/1 Nr. 604 - (zit. bei Angres, DÖV 1958, 75); OVG Lüneburg, Urt. vom 10.1.1957, AS Bd. 11, 404 ff. = DVBl. 1958, 138 ff. = BBauBl. 1957, 531 = VerwRspr. Bd. 10, 987 ff.; OVG Lüneburg, Urt. vom 27.11.1958, - I A 73/58 - (zit. bei Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. IV 1 g zu § 42); VG Frankfurt, Urt. vom 30.4.1957 - II/2-1378/56 -; VG Bayreuth, Urt. vom 1.7.1959 Nr. 80/95 II/57 (beide Urteile zit. bei Groebe, DVBl. 1959, 757 (758); VGH Stuttgart, Urt. vom 28.10.1958, BaWüVBl. 1959, 73 f.; VG Gelsenkirchen, Urt. vom 21.4.1961 - 155/60 - (zit. bei Schütz-Frohberg, aaO. Einl. Nr. 6 (S. 16); Marschall, aaO. Anm. 3 zu § 9 BFStrG; Angres, DÖV 1958, 75(76); Reiter, BayVBl. 1959, 247 (248); Kratzer, BayVBl. 1959, 90; Groebe, DVBl. 1959, 757 (760 f.); Meyer, DVBl. 1961, 75 (77 f.); Mang-Simon, aaO. Anm. 4 zu § 9 BFStrG; Mang, BayVBl. 1964, 55; Kratzer, BayVBl. 1964, 51; Körner, NJW 1964, 120 f.; Haug, JuS 1965, 134 ff.

sich vor allem auf das Argument, der Mitwirkungsakt sei nicht an den Staatsbürger,

Fortsetzung der Fußnote 2) von Seite 29

b) Zu §§ 14 Abs. 2; 19 Abs. 4; 31 Abs. 2; 36 Abs. 1 BBauG: OVG Lüneburg, DVBl. 1962, 757 (759 f.) (Urt. vom 6.7.1962); OVG Koblenz, zwei Urt. vom 12.12.1963, DVBl. 1964, 538 ff. und 540 ff.; Dietz, BaWüVBl. 1961, 65 ff.; VGH Bad.-Württ., Urt. v. 13.1.1964, DÖV 1964, 751; Urt. vom 21.4.1964, BaWüVBl. 1964, 170 ff.; Pietzonka, NJW 1961, 1425 (1427); Wagener, DVBl. 1962, 737 (738 f.); Schrödter, DVBl. 1962, 743 ff.; Schütz, NJW 1963, 2150 ff.; Schütz-Frohberg, aaO. Einl.Nr. 6, Anm. 5 zu § 19, Anm. 3 zu § 31; Heitzer-Oestreicher, aaO. Anm. 2 zu § 31; v. Hausen-v.d.Heide, aaO. Anm. 6 zu § 31, Anm. 2 zu § 36; Mang-Simon, aaO. Erl. III 1 zu Art. 86; Entschließung des bay. Staatsministers des Innern betr. Vollziehung des BBauG vom 19.4.1962, BBauBl. 1962, 302; Runderlaß des Ministers für Landesplanung, Wohnungsbau und öffentliche Arbeiten (Nordrhein-Westfalen) vom 15.3.1962, BBauBl. 1962, 309.

c) Zu § 58 Abs. 1 des Berliner Richtergesetzes vom 9.1.1951 (VOBl. I S. 235): OVG Berlin, Urt. vom 21.1.1959, DVBl. 1959, 514 (517).

d) zu § 4 Abs. 3 Schwerbeschädigtengesetz vom 16.6.1953 (BGBl. I S. 389): VG Frankfurt a.M., Vorbescheid vom 31.5.1954, BB 1954, 594; VG Frankfurt a.M., Urt. vom 22.7.1954, BB 1954, 806; BayVGH, Urt. vom 8.11.1956, DÖV 1957, 241 ff.

e) Zu § 49 KWG vom 25.9.1939 (RGBl. I S. 1955): Kratzer, BayVBl. 1958, 74 (75).

f) Zu § 1 Abs. 2 PGAG vom 23.7.1955 (BGBl. I S. 451): Obermayer, DVBl. 1956, 674 ff.; Kapp, DÖV 1957, 513 (516); Beyer, NJW 1961, 1321.

g) Zu § 57 Abs. 4 GewO a.F. vom 21.6.1869 i.d.F. vom 29.9.1953 (BGBl. I S. 1459): Obermayer, VA, S. 134; Ministerialerlaß des bay. Staatsministers für Wirtschaft vom 3.10.1952 (zit. bei Obermayer, VA, S. 134); Landmann-Rohmer, aaO. (11. Aufl. 1956) Anm. 9 zu § 57.

h) Zu § 47 Abs. 3 Handwerksordnung vom 17.9.1953 (BGBl. I S. 1411 geänd.): Eyermann-Fröhler, aaO. § 42 Rdnr. 57.

i) Zu § 6 Abs. 1 Nr. 2 der 3. VO zur Durchführung der Interzonenhandels-VO i.d.F. vom 22.8.1958 (Beilage zum BAnz. Nr. 175 vom 12.9.1958): Heinze, DÖV 1962, 834 ff.; BVerwG, Urt. v. 29.5.1964, DVBl. 1964, 1000 f.

j) Zu § 1 des preuss. Gesetzes über die Enteignung von Grundeigentum vom 11.6.1874 (GS S. 221): Neufang, DVBl. 1951, 108 f.; Joachim, DVBl. 1959, 388 ff.

k) Zu Art. XIV Abs. 2 ZAG vom 17.11.1837 (BayBS I S. 203): Obermayer, VA, S. 133

sondern an die Hauptbehörde gerichtet. Der Akt trete also nicht aus dem inneren Bereich der Verwaltung heraus, sondern sei als Element der Willensbildung ein Vorgang behördeninterner Beteiligung am Verfahren ohne jede "Kundmachungs-funktion" ³⁾. Weiterhin wird der Gesichtspunkt der "Einheit der Staatsverwaltung" herangezogen, wonach nach außen hin jeweils nur eine Behörde ausschließlich zuständig sei. Auch nach dem "Willen des Gesetzgebers" handle es sich lediglich um eine Entscheidung, die allerdings die Besonderheit aufweise, daß sie nur durch das Zusammenwirken mehrerer Behörden zustande komme. Der "Doppel-VA" dürfe bei der richterlichen Überprüfung nicht auseinandergerissen werden. Vielmehr könne das Verwaltungsgericht im Rahmen des gegen die Hauptbehörde angestrengten Rechtsstreits die gesamte materielle Rechtslage und damit gegebenenfalls auch sämtliche Fragen aus dem Mitwirkungsbereich überprüfen. Stelle sich bei der (Inzident-) Prüfung heraus, daß z.B. die Versagung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes fehlerhaft sei, so könne die Hauptbehörde im Urteil verpflichtet

Fortsetzung der Fußnote 2) von Seite 29 und 30

l) Zu § 12 RAOBrZ vom 10.3.1949 (VOBl. BrZ S. 80 - aufgehoben): LVG Hannover, Urt. vom 30.8.1951, DÖV 1952, 447; Heins, NJW 1955, 1530.

m) Zu §§ 21, 22 Abs. 2, 24 BBG i. d. F. vom 1.10.1961 (BGBl. I S. 1802): Baring, ZBR 1957, 4 ff.; Deppisch, DÖV 1954, 241 ff.

n) Zu § 13 des Gesetzes über die Ausübung der Zahnheilkunde vom 31.3.1952 (BGBl. I S. 221): Kratzer, BayVBl. 1958, 74 (75).

o) Zu § 10 Abs. 2 S. 2 des Hebammengesetzes vom 21.12.1938 (RGBl. I S. 1893): BayVGh, Urt. vom 9.3.1955, BayVBl. 1955, 217.

p) Zu § 6 der VO über die Staatsangehörigkeit vom 5.2.1934 (RGBl. I S. 85): OVG Hamburg, Urt. vom 27.5.1960, DVBl. 1960, 634 ff. = DÖV 1961, 111 ff.; Schätzle, DÖV 1961, 113 f.

q) Zu Ziff. 26 des Anbauerlasses vom 8.9.1936 (RABl. S. 261): Stecher, DÖV 1960, 374 (376 f.).

r) Zu Abs. 2 der Verwaltungsanordnung betr. Teilerlaß der Gewerbesteuer bei Betreiber von Vertriebenen, Flüchtlingen und Verfolgten sowie von Kriegssachgeschädigten und Evakuierten vom 21.1.1958 (BANz. Nr. 17): VGh Bad.-Württ., Urt. vom 2.12.1960, ESVGH 10, 189 = BaWüVBl. 1961, 121 mit abl. Anm. von Rehm.

s) Vgl. weiterhin allgemein: Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 159 ff. 275 ff.; Heitzer, aaO. (passim); Peetz, aaO. (passim); Eyermann-Fröhler, aaO. Anm. 56 f. zu §42; Czermak, NJW 1963, 703 f.

3) Im Rahmen dieser einleitenden Übersicht sollen keine einzelnen Literatur- und Judikaturstellen zitiert werden. Eine eingehende Auseinandersetzung mit den in Schrifttum und Rechtsprechung herausgestellten Gesichtspunkten erfolgt an späterer Stelle.

werden, den Hauptakt zu erlassen, auch ohne daß die andere Behörde mitgewirkt habe. Die Versagung des Mitwirkungsaktes sei dann für die Hauptbehörde nicht mehr bindend; diese könne nicht nur, sondern sie müsse den beantragten VA nunmehr vornehmen. Teils wird in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, daß die Mitwirkungsbehörde im Wege der Beiladung ihre Interessen wahrnehmen könne, teils wird eine Beiladung nicht für erforderlich bzw. sogar für unzulässig gehalten. Häufig wird auch der verfassungsrechtliche Gesichtspunkt ins Feld geführt, bei erforderlicher Mitwirkung einer Bundesbehörde zum Erlaß eines VAes einer Landesbehörde könne der Mitwirkungsakt schon deshalb kein VA sein, weil unser Verfassungsrecht unmittelbar auf den Bürger wirkende Hoheitsakte des Bundes nur im Bereich der bundeseigenen Verwaltung kenne. Schließlich wird auf praktische Schwierigkeiten verwiesen, die ein mehrfacher Rechtsweg beispielsweise hinsichtlich der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit, der Rechtsmittelbelehrung und der Verteilung der Verfahrenskosten mit sich bringe.

II. VERWALTUNGSAKT - THESE

Die Gegenmeinung ⁴⁾ sieht in der Entscheidung der Mitwirkungsbehörde einen

- 4) Folgend soll eine Übersicht über die bisher in diesem Sinne geäußerten Meinungen in Lehre und Rechtsprechung gegeben werden:
- a) Zu § 9 Abs. 2 BFStrG: VG Wiesbaden, Urt. vom 23.12.1955 - II/2-243/54 - (zit. bei Heitzer, aaO. S. 30); VG Stuttgart, Urt. vom 19.8.1956, BBauBl. 1957, 125 (unter Berufung auf zwei unveröffentlichte Urteile des VGH Stuttgart vom 12.1.1955 - 1 S 1/52 - und vom 11.12.1953 - 1 S. 240/51); OVG Hamburg, Urt. vom 28.8.1958, DÖV 1959, 546 ff. = MDR 1959, 522 ff. = BBauBl. 1959, 578 ff. = Mitteilungen des Deutschen Städtetags 1958, 161 (Nr. 477); OVG Rheinland-Pfalz, Urt. vom 3.11.1960, DÖV 1961, 117 f. = Baurechtssammlung Bd. 10, 320 = BBauBl. 1961, 137 f.; OVG Münster, Urt. vom 27.3.1962, DÖV 1962, 554 f. = DVBl. 1962, 492 ff.; Fickert, DÖV 1964, 661 ff.; Erlaß des Hess. Ministers des Innern vom 9.9.1955 (Hess. Staatsanzeiger 1955, 977); Ders., Sanität und Gemeindebau 1954, 76; Böhm, DÖV 1958, 72 (74); Clasen, NW 1959, 752, 754; Mang, BayVBl. 1959, 82 f.; Obermayer, DVBl. 1958, 140 (141 f.), Nedden, DÖV 1959, 525 (528); Böhm, Bauamt und Gemeindebau 1958, 221; Thomas, DVBl. 1959, 763 f.; Menger VerwArch. Bd. 55 (1964), 175 ff.; ders. VerwArch. Bd. 50 (1959), 395 ff.; Redeker-v. Oertzen, aaO. Rdnr. 57 zu § 42; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. IV 1 g zu § 42; unklar Wolff II § 77 V b 3.

besonderen VA, der selbständig neben den VA der Hauptbehörde tritt.

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 32

- b) Zu §§ 14 Abs. 2; 19 Abs. 4; 31 Abs. 2; 36 Abs. 1 BBauG: Schuegraf, DVBl. 1961, 654 ff.; ders. NJW 1961, 1956 f.; Jung, NJW 1962, 617 (620); Stich, DVBl. 1963, 193 ff.; Fickert, DVBl. 1964, 173 ff. (nur bezüglich "Einvernehmen"); Brügelmann-Förster, aaO. Anm. VI 3 b) dd) zu § 14; Anm. IV 3 zu § 19; Anm. 3 a) aa) zu § 36; keine klare Stellungnahme bei Knaup-Ingenstau, aaO. § 31; HessVGH, Urt. v. 2.8.1963, DÖV 1964, 744 (745).
- c) Zu § 58 Abs. 1 des Berliner Richtergesetzes: VG Berlin, Urt. vom 21.12.1956, JR 1957, 196 ff.
- d) Zu § 4 Abs. 3 Schwerbeschäftigtengesetz: VG München, Urt. vom 26.9.1955, BB 1955, 1089; Walz, BB 1954, 594 f.; Sellmann, BB 1954, 806 ff.; Bachof, DÖV 1957, 243 f.; Menger, VerwArch. Bd. 48 (1957), 353; Monjau, aaO. Anm. 5 zu § 4.
- e) Zu § 12 RAOBrZ: OVG Münster, Urt. vom 8.9.1953, NJW 1954, 526 (528); Erdsiek, DRZ 1949, 230; Cüppers, NJW 1949, 363 ff.; Dahn, NJW 1954, 526 f.; Idel, NJW 1954, 1948 (1949); Ule, ZBR 1958, 209 (210); Bachof, BVerG S. 59.
- f) Zu § 1 Abs. 2 des Personalgutachterausschussesgesetz: LVG Köln, Urt. vom 25.2.1958, ZBR 1958, 206 (208); Ule, ZBR 1958, 209 (210); ders., Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. IV 1 g) zu § 42; Groebe, DVBl. 1959, 757 (760); Menger, VerwArch. Bd. 53 (1962), 76.
- g) Zu § 57 Abs. 4 GewO a.F.: PrOVG, Urt. vom 3.1.1935, Reichsverwaltungsblatt 1935, 744; BayVGH, Urt. vom 9.11.1953 - Nr. 208 VI 52 - (zit. bei Obermayer, VA, S. 133).
- h) Zu § 47 Abs. 3 Handwerksordnung (geänd.): VGH München, Urt. vom 18.6.1959, DVBl. 1960, 144 ff.
- i) Zu § 6 Abs. 1 Nr. 2 der 3. VO zur Durchführung der Interzonenhandels-VO i.d.F. vom 22.8.1958 (Beilage zum BAnz. Nr. 175 vom 12.9.1958): OVG Münster, Urt. vom 11.4.1962, DÖV 1962, 833 f.
- j) Zu § 11 Energiewirtschaftsgesetz vom 13.12.1935 (RGBl. I S. 1451): Eiser-Riederer, aaO. Vorbem. zu §§ 8 und 9 Anm. 4 a (S. 220 f.); Obermayer, VA, S. 132 (aber nur bei "ablehnender Entscheidung").
- k) Zu Art. 24, 25 Bay. Straßen- und Wegegesetz vom 11.7.1958 (GVBl. S. 147): Mang, BayVBl. 1959, 82 (83).
- l) Zu §§ 6, 15 Berliner Richtergesetz: OVG Berlin, Urt. vom 8.7.1954, JR 1954, 393 (394) = DVBl. 1954, 743 (744).

Sie stützt sich vor allem auf die Erwägung, daß die Hauptbehörde an die Mitwirkung der beteiligten Behörde gebunden sei. Durch den negativen Bescheid der Mitwirkungsbehörde sei die Entscheidung der Hauptbehörde nicht nur intern, sondern auch mit Wirkung gegenüber dem betroffenen Staatsbürger festgelegt. Die Entscheidung der Hauptbehörde werde durch den Akt der beteiligten Behörde präjudiziert. Die Mitwirkung greife also in die Rechtssphäre des Betroffenen ein, indem sie eine verbindliche Tatbestandswirkung für den von der Hauptbehörde zu erlassenden VA äußere.

Weiterhin wird argumentiert, das Verwaltungsgericht könne die Hauptbehörde lediglich verpflichten, unter den vom Gesetz aufgestellten Voraussetzungen einen VA zu erlassen. Es sei daher nicht in der Lage, die Hauptbehörde zu verpflichten 'und damit gleichzeitig zu ermächtigen', den Hauptakt zu erlassen, ohne daß der vom Gesetz zwingend vorgeschriebene Mitwirkungsakt vorliege, da andernfalls die Hauptbehörde zu einer ihr rechtlich unmöglichen Leistung verurteilt würde. Deshalb müsse die Mitwirkungsbehörde verpflichtet werden können, den notwendigen Mitwirkungsakt zu erlassen. Dies sei wiederum nach § 42 Abs. 1 VwGO nur dann möglich, wenn es sich bei der Mitwirkung um einen VA handele.

Die VA-These wird endlich auf den Gesichtspunkt gestützt, es gehe von der Hauptbehörde die Verantwortung für einen Umstand anzulasten, der durch Rechtsnorm ihrer eigenen Zuständigkeit ausdrücklich entzogen worden sei. Es sei mit der durch den Mitwirkungsvorbehalt bewirkten Kompetenzzurechnung nicht zu vereinbaren, wollte man die Hauptbehörde zwingen, vor dem Verwaltungsge-

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 32 und 33

m) Zu § 79 Abs. 4 S. 2 Saarl. BauG vom 19.7.1955 (ABl. S. 1159); OVG Saarlouis, Urt. vom 18.3.1960, AS Bd. 7, 423 (427 ff.) = DVBl. 1960, 523 ff.; Menger, VerwArch. Bd. 52 (1961), 108.

n) Zu § 63 Abs. 3 AufbauG Rheinland-Pfalz vom 1.8.1948 (GVBl. S. 317); OVG Koblenz, Urt. vom 12.1.1956, AS Bd. 4, 367 ff.

o) Zu § 1 Abs. 3 Ziff. 3 des 2. Gesetzes über den Bundesgrenzschutz vom 30.5.1956 (BGBl. I S. 436); BVerwG, Urt. vom 23.1.1961, E 12, 20 ff. = DVBl. 1961, 375 ff. = NJW 1961, 1321 f.

p) Zu § 9 Abs. 1 Hess. Forstgesetz vom 10.11.1954 (GVBl. I S. 211); VG Darmstadt, Urt. vom 17.7.1962, DVBl. 1962, 875 ff.

q) Zu § 1 Abs. 1 der Landespolizeiverordnung über die Polizeistunden in Gast- und Schankwirtschaften vom 28.8.1952 (GVBl. Rheinland-Pfalz S. 121); OVG Koblenz, Urt. vom 15.6.1954, AS Bd. 2, 45 ff.

r) Vgl. weiterhin allgemein: Frauf, DÖV 1961, 666 ff.; Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 ff.; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. IV 1 g zu § 42; Bulling, aaO. (passim).

nicht eine fremde Entscheidung zu vertreten, von deren Gesetzmäßigkeit sie möglicherweise selbst nicht überzeugt sei. Deshalb müsse die Mitwirkungsbehörde ihre Entscheidung prozessual selbst vertreten, was nur möglich sei, wenn man diese EntschlieÙung als VA betrachte.

• III. MITTELMEINUNG

Neben diesen beiden Hauptansichten wird gelegentlich eine dritte Auffassung⁵⁾ vertreten, die gewöhnlich als Mittelmeinung bezeichnet wird, bei näherem Hinsehen sich jedoch als ein Unterfall der unter II skizzierten VA-These erweist.

Danach stellt die gesetzlich vorgesehene Mitwirkung nicht nur einen verwaltungs-internen Vorgang dar, sondern ist für das Tätigwerden der Hauptbehörde sowie auch für den von der Entscheidung Betroffenen rechtserheblich. Jedoch wird der Mitwirkungsakt nicht getrennt vom Hauptakt betrachtet. Vielmehr sieht diese Meinung in den beiden Akten der Haupt- und Mitwirkungsbehörde lediglich einen einheitlichen, nur gemeinschaftlich anfechtbaren VA. Der tragende Grund für diese Konstruktion ist in dem Bestreben zu suchen, Schwierigkeiten, die sich aus der gesonderten Anfechtbarkeit beider Akte ergeben könnten, zu vermeiden.

5) BayVGh, Urt. vom 5. 7. 1956, BayVBl. 1956, 312 f. (zu § 49 KWG; VG Berlin, Urt. vom 13. 7. 1954, JR 1954, 433 (zu § 18 Abs. 2 Berliner Planungsgesetz); Stern, BayVBl. 1957, 86.

4. KAPITEL: KRITISCHE UNTERSUCHUNG DER ZUR VERNEINUNG DER VA-EIGENSCHAFT DER MITWIRKUNGSAKTE VORGETRAGENEN GESICHTSPUNKTE

I. METHODISCHER FEHLGRIFF EINER SUBSUMTION DES MITWIRKUNGSAKTES UNTER DEN UNSCHARFEN BEGRIFF DES INNENVERHÄLTNISSSES

Nicht selten finden sich in Wissenschaft und Rechtsprechung Versuche, den behördlichen Mitwirkungsakt in apodiktischer Form unter die Kategorie der innerdienstlichen Maßnahmen zu subsumieren. Mit dem Argument, im Rahmen der Staatsverwaltung, also zwischen Behörden des Staates könne es aus begrifflichen Gründen keine VAe geben, wird jede Wirksamkeit des Mitwirkungsaktes nach außen geleugnet, ohne überhaupt näher auf die VA-Kriterien einzugehen. Es wird auf die Unterscheidung zwischen Innen- und Außenfunktion der Verwaltung hingewiesen; danach müsse der Vorgang der behördlichen Willensbildung von dem äußeren Verhalten der Verwaltungsbehörde getrennt werden; die Vorgänge im Willensbereich seien rechtlich völlig irrelevant. Indem man die Mitwirkungsakte dem Bereich der behördlichen Willensbildung zuordnet, stellt man sie an die Seite der internen Weisungen, die dem internen Verwaltungsverfahren angehören und keine unmittelbaren rechtlichen Wirkungen gegenüber dem Staatsbürger auslösen¹⁾.

Ein typisches Beispiel für eine derartige Untersuchungsmethode ist die durch Joachim²⁾ vorgenommene Qualifizierung der Enteignungsanordnung nach § 2 des preußischen Gesetzes über die Enteignung von Grundeigentum³⁾ als "innerdienstliche Weisung". Ohne sich näher mit der Frage, ob die Enteignungsanordnung die Kriterien des VAes aufweisen könnte, auseinanderzusetzen, bezeichnet Joachim die normativ vorgeschriebene Enteignungsanordnung als "einfachen Dienstbefehl, der den innerdienstlichen Anordnungen, die ein Behördenleiter einem

1) So z.B. OVG Berlin, DVBl. 1959, 313 (317); Czerniak, NJW 1968, 703; in ähnlicher Weise wird die Mitwirkung der internen Weisung gleichgestellt vom VGH Bad.-Württ. ESVGH 10, 189 = BaWuVBl. 1961, 121, 122; Groebe, DVBl. 1959, 757 (760); Schütz-Frohberg, aaO. Einl. Nr. 6 (S. 13); Heitzer-Oestreicher, aaO. Anm. 2 zu § 31; v. Hausen-v.d. Heide, aaO. Anm. 6 zu § 31; Anm. 2 zu § 36; Peetz, aaO. S. 48 f.; Eyermann-Fröhler, aaO. § 42 Rdnr. 56 (nenerdings BVerwG, BayVBl. 1964, 49 (50)).

2) DVBl. 1959, 388 (389).

3) vom 11. 6. 1874 (GS S. 221).

Bediensteten seiner Behörde erteilt, entspreche. Eine Wirksamkeit nach außen könne daher nicht eintreten. Er kommt jedoch anschließend zu dem verblüffenden Ergebnis, die Enteignungsanordnung stelle - ultima ratio - einen "Regierungsakt" dar ⁴⁾, der als nur "intern wirksame", politische Maßnahme der Regierung grundsätzlich nicht der gerichtlichen Nachprüfung unterliege.

Verfehlt ist hier zunächst die Subsumtion des Regierungsaktes unter den Begriff des Internums. Es ist begrifflich keinesfalls ausgeschlossen, daß der Regierungsakt die Merkmale des VAes aufweist, also unmittelbar in der Außenwelt wirkt ⁵⁾. Gerade an diesen Fällen hat sich der hier nicht näher zu erörternde Streit entzündet, ob es Hoheitsakte gibt, die, obgleich sie die Merkmale des VAes erfüllen, der gerichtlichen Nachprüfung entzogen sind und entzogen sein müssen ⁶⁾. Der Grund für die Begrenzung der Justiziabilität ist hier nicht in der besonderen Qualität der Regierungsakte zu suchen, sondern im Wesen der Justiz ⁷⁾. Davon abgesehen beruht der Versuch Joachims, den verwaltungsinternen Charakter der Enteignungsanordnung zu begründen, auf einem verfehlten theoretischen Ansatzpunkt. Während nämlich der Begriff des VAes in Literatur und Judikatur eine weitgehende Klärung und Präzisierung erfahren hat ⁸⁾, ist über den rechtlichen Charakter der

4) Vgl. DVBl. 1959, 388 (390); so schon Neufang, DVBl. 1951, 108 (109).

5) Vgl. Dürig in Maunz-Dürig, aaO. Art. 19 Abs. IV Rdnr. 24; Eyermann-Fröhler, aaO. § 42 Rdnr. 36 ff.; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Anm. 6a zu § 42 mit weiteren Hinweisen.

6) Vgl. zu dieser Problematik statt vieler die in Fußnote 5) genannten Autoren.

7) Vgl. Forsthoff, aaO. S. 467.

8) Verwiesen sei hierzu auf Obermayer, VA, S. 83; Wolff I § 46 I (S. 251); Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 IV 1 (S. 135 ff.); vgl. zur teleologischen Auslegung des Begriffs Bachof, BVerwG S. 209 ff.; Eyermann-Fröhler, aaO. § 42 Rdnr. 14 ("Verwaltungsakte im Sinne der VwGO sind alle hoheitlichen Handlungen, die den Verwaltungsgerichten zur Nachprüfung auf ihre Rechtmäßigkeit unterbreitet werden können", dagegen mit Recht Wolff I § 46 (S. 251).

Als prägnant erscheint die Definition von Weides, JuS 1964, 62; "Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Anordnung, Entscheidung oder sonstige hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die eine unmittelbare Rechtswirkung nach außen auf Personen oder Gegenstände ausstrahlt". Dieser Begriffsbestimmung wird hier gefolgt. Auf Einzelheiten, inbesondere auf die Frage der unmittelbaren Rechtserheblichkeit in der Außenwelt, wird im Verlauf der Untersuchung noch einzugehen sein.

innerdienstlichen Maßnahmen noch keine abschließende Verständigung erzielt worden. Die deutsche Verwaltungsrechtswissenschaft befindet sich bei dem Versuch einer Erfassung innerdienstlicher Maßnahmen unter einen Begriff mit klaren Merkmalen in einiger Verlegenheit ⁹⁾.

Will man aus der Tatsache, daß der VA einen bekannten und weithin geklärten Rechtsbegriff darstellt, während es der innerdienstlichen Maßnahme fast an jeglicher Präzision mangelt, die methodische Konsequenz ziehen, so muß man sich vor Augen halten, daß VA und Verwaltungsinternum in einem logischen Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen. Weist der Mitwirkungsakt die qualitativen Merkmale des VA auf, so kann es sich nicht um ein Verwaltungsinternum handeln. Die Auffassung Obermayers ¹⁰⁾, wonach sich VAE und innerdienstliche Akte gegenseitig nicht ausschließen, vermag nicht zu überzeugen. Haben Maßnahmen, die die Kriterien des VAEs aufweisen, neben ihrer unmittelbaren Rechtserheblichkeit gegenüber dem Staatsbürger auch Bedeutung für die zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden, so haben sie diese Bedeutung in ihrer Eigenschaft als Akte, die die Rechtslage mit Wirkung für jedermann, also sowohl für die Hauptbehörde als auch für den Betroffenen, gestalten. Es wäre eine *contradictio in adiecto*, wollte man ein und denselben behördlichen Akt gleichzeitig als VA und als Verwaltungsinternum qualifizieren.

Da also die Behauptung des behördeninternen Charakters eines Mitwirkungsaktes von der vorherigen Verneinung seiner VA-Qualität logisch abhängt, ist es angesichts der relativ klaren Umgrenzung des VA-Begriffs und des ziemlich konturlosen Begriffs des Verwaltungsinternums nicht nur unzweckmäßig, sondern methodisch verfehlt, den Versuch einer Subsumtion des Mitwirkungsaktes unter den vagen Begriff des Innenverhältnisses zum Ausgangspunkt der Untersuchung zu machen. Vielmehr läßt sich ein dogmatisch haltbares Ergebnis nur erzielen, wenn der Mitwirkungsakt - statt an den "schwimmenden" Begriffsmerkmalen des Verwaltungsinternums - primär an den Kriterien des VAEs gemessen wird. Erst nach Vernei-

9) Auch Obermayer, VA, S. 110, vermag die Zweifel hinsichtlich unserer Problematik nicht auszuraumen. Seine Definition, wonach als innerdienstliche Rechtsakte alle nicht verfassungstechnischen Handlungen anzusehen sind, "die in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Abhängigkeitsverhältnis ihrer Geltung auf dessen besonderen institutionellen Zweck ergehen und den betroffenen Gliedern gegenüber unmittelbar rechtserheblich sind" ist für die Beseitigung behördlicher Mitwirkungsverbote deshalb unergiebig, weil hier sehr oft "gleichgeordnete" Behörden zusammenwirken, die also in keinem Abhängigkeitsverhältnis stehen.

10) VA, S. 25, 110.

nung der VA-Qualität des Mitwirkungsaktes ist logisch die Frage zulässig, ob der Akt der beteiligten Behörde als "Verwaltungsinternum" angesprochen werden kann. Methodisch ist also nach dem Subtraktionsverfahren vorzugehen und zu fragen, ob sich aus den verschiedenen Mitwirkungsakten eine Gruppe von Akten subtrahieren läßt, der die VA-Natur nicht zukommt. Diese negative Bestimmung des Verwaltungsinternums macht es überflüssig, an den Anfang der Untersuchung der Rechtsnatur behördlicher Mitwirkungsakte eine Definition des "verwaltungsinternen Einzelaktes" zu stellen ¹¹⁾; wäre nämlich die VA-Qualität der Mitwirkungsakte zu bejahen, so wäre die Frage nach deren Rechtsnatur beantwortet und jede Untersuchung des Begriffs des Verwaltungsinternums erwiese sich als überflüssig.

II. DER GESICHTSPUNKT DER MANGELNDEN KUNDMACHUNG

Als Argument gegen die VA-Eigenschaft der Mitwirkungsakte wird häufig die mangelnde Kundgabe des Aktes der beteiligten Behörde ins Feld geführt. Der Antragsteller wisse unter Umständen überhaupt nicht, daß eine andere Behörde beim Zustandekommen des gegen ihn erlassenen VAes beteiligt gewesen sei; die Mitwirkung spiele sich "gewissermaßen hinter seinem Rücken ab" ¹²⁾. Jeder Willensentschluß bedürfe aber, um ein VA zu sein, der Erklärung dieses Willens, d. h. der Bekanntgabe an den Betroffenen ¹³⁾. Fehle dieses wesentliche Merkmal der Adressierung an den Staatsbürger und richte sich der Akt der beteiligten Behörde lediglich an die Hauptbehörde, so sei es unmöglich, daß ein Dritter durch den Akt beschwert werde ¹⁴⁾.

Die Bedeutung der "Kundgabefunktion" beim Erlaß eines VAes wird auch aus dem Prinzip des sozialen Rechtsstaates hergeleitet ¹⁵⁾. Der VA stelle ein "soziales Gebilde" dar ¹⁶⁾. Es gehöre zu den Sozialanforderungen des Rechtsstaates, daß die Regelung der auf zahlreichen Lebensgebieten bestehenden Beziehungen des Bürgers

Wie es beispielsweise Heitzer, aaO. S. 21 ff. und Bulling, aaO. S. 40 ff. tun

12) So Baring, ZBR 1957, 4 (7).

13) So OVG Saarland, DVBl. 1960, 523 (525), obwohl dieses Gericht im Ergebnis die VA-Qualität des Mitwirkungsaktes bejaht. Vgl. auch OVG Hamburg, BBauBl. 1959, 578 ("... Entscheidung wird zum VA, wenn sie dem Gesuchsteller bekanntgegeben wird.").

In ähnlicher Weise verbindet auch Fickert, DVBl. 1964, 172, 173 die Kundmachungsfunktion mit der unmittelbaren rechtlichen Außenwirkung.

14) Vgl. Joachim, DVBl. 1959, 388 (390).

15) Vgl. OVG Berlin, DVBl. 1959, 514 (517); Groebe, DVBl. 1959, 75 (76); Peetz, aaO. S. 51.

16) Es wird hier auf Ule, VA, S. 272, Bezug genommen

zum Staat in einer übersichtlichen, klaren und verbindlichen Form erfolge ¹⁷⁾.

Die Ablehnung der VA-Qualität der Mitwirkungsakte aus dem Gesichtspunkt der "Kundmachungsfunktion" vermag nicht zu überzeugen. Bereits das preußische Oberverwaltungsgericht hat in seinem Urteil vom 9. Mai 1876 ¹⁸⁾ dargelegt, daß der VA-Charakter einer Maßnahme nicht deshalb verneint werden könne, weil die Verfügung dem Betroffenen nicht mitgeteilt worden sei. Dieser Auffassung hat sich der überwiegende Teil der Lehre und Rechtsprechung angeschlossen ¹⁹⁾. Danach kommt es für die Frage, ob ein VA erlassen wird, nicht auf die Adressierung, sondern nur auf den Inhalt der getroffenen Entscheidung an. Auch wenn also die Mitwirkungsbehörde den Mitwirkungsakt nicht gegenüber dem betroffenen Bürger erklärt, sondern im Verhältnis zur Hauptbehörde zum Ausdruck bringt, ist die VA-Qualität dieses Aktes nicht ausgeschlossen; denn auch in diesem Falle ist die Entscheidung der Mitwirkungsbehörde über ihren internen Bereich hinausgedrungen und zur Kenntnis einer außenstehenden Stelle (Hauptbehörde) gelangt ²⁰⁾. Entfaltet diese an die Hauptbehörde gerichtete Mitwirkungsentscheidung unmittelbare Rechtswirkungen gegenüber dem Bürger, so kann dieser die Maßnahme anfechten, obgleich der Akt nicht förmlich an ihn gerichtet wurde.

Die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung, wonach sich die Klagebefugnis nicht auf den Adressaten beschränkt, wird durch einen Blick auf den Problembereich der Anfechtung von VAen durch Dritte bestätigt ²¹⁾. Hier ist unbestritten, daß der von einer Maßnahme betroffene Dritte (Nichtadressat) dann anfechtungsbe-rechtigt ist, wenn ihm eine Spezialnorm zur Seite steht, die dem Schutz seiner

17) Groebe, DVBl. 1959, 757 (760).

18) E., S. 327 (331 f.). Nach dieser Entscheidung kann die polizeiliche Verfüg.-sag, die den Gastwirten die Aufnahme und Bewirtung eines angeblichen Trunkenbordes untersagt, auch von diesem angefochten werden.

19) Vgl. z.B. Bachof, VA, S. 309; Obermayer, VA, S. 72 f.; Forsthoff, aaO. S. 187; Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961) 280; ders. DÖV 1962, 334 (335); Schuegraf, DVBl. 1961, 654; Friedl, DÖV 1961, 360 (372); Schmidt-Wiegand, DÖV 1962, 721 (723); Belling, aaO. S. 12; OVG Hamburg, DÖV 1961, 346 (347); OVG Rheinland-Pfalz, DÖV 1961, 111; überzeugend OVG Hamburg, DÖV 1961, 340 (347); Schuegraf, DVBl. 1961, 654 (655).

21) Besonders das Problem des Dritten im Baurecht hat die Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit in den letzten Jahren in zunehmendem Maße beschäftigt.

Individualinteressen dienen soll²²⁾. Obwohl also der Dritte nicht Adressat dieser Maßnahme ist, kann er gleichwohl unter bestimmten Voraussetzungen die Verwaltungsgerichte mit der Behauptung anrufen, er werde durch die Maßnahme in seinen Rechten verletzt. An diesem Beispiel zeigt sich deutlich, daß die Ablehnung der VA-Qualität der Mitwirkungsakte aus dem Gesichtspunkt der "Kundmachungs-funktion" auf einem logischen Fehlschluß beruht. In Verkenntung der logischen Abhängigkeiten wird die Kundmachung an den Staatsbürger als das Primäre, den VA Bedingende, angesehen. Jedoch ist die Kundgabe an den Staatsbürger, was Frischmann-Weingart²³⁾ richtig erkannt haben, lediglich die Folge einer inhaltlich als VA erkannten hoheitlichen Regelung. Läßt sich beweisen, daß die Mitwirkungsakte VAe darstellen, durch die der Bürger rechtlich betroffen wird, so ergibt sich daraus die Folge, daß diese dem Betroffenen bekanntgegeben werden müssen²⁴⁾. Dies rechtfertigt sich aus der rechtsstaatlichen Verpflichtung der Verwaltung, dem Bürger eine sachgemäße Rechtsverfolgung zu ermöglichen. Das Erfordernis der Kundgabe beruht weiterhin auf dem Gedanken der Rechtssicherheit, wonach vermieden werden soll, daß dem Bürger hoheitliche Maßnahmen, die ihm gegenüber rechtserheblich sind, verborgen bleiben. Festzuhalten bleibt jedoch, daß die Kundgabe des Mitwirkungsaktes an den Bürger lediglich die rechtsstaatlich postulierte Folge der VA-Qualität des Mitwirkungsaktes ist, dessen Rechtsnatur allein durch seinen Inhalt, nicht aber durch seine Adressierung bestimmt wird²⁵⁾. Nicht entscheidend für die Beurteilung der Mitwirkungsakte kann demnach sein, ob die Praxis der Behörden dahin geht, den Mitwirkungsakt förmlich an den betroffenen Bürger zu richten bzw. ihm das Ergebnis der über den internen Bereich

22) Vgl. etwa Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 Erl. III (S. 122 ff. und S. 128); Bachof, BVerwG, S. 220 f.; Bernhardt, JZ 1963, 302 ff.; Peters, DÖV 1965, 744 ff.

23) DÖV 1962, 721 (723).

24) Die mangelnde Bekanntgabe an den Betroffenen schiebt lediglich die Anfechtungsfrist für den Betroffenen hinaus, läßt die VAe aber nicht unwirksam bleiben (vgl. Peters, DÖV 1965, 744 (752 Anm. 102 a); Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, §§ 69 - 73, Anm. II; Redeker-von Oertzen, aaO. § 70 Rdnr. 2; BayVGh, Urt. vom 17.4.1964, DVBl. 1965, 93 f.).

Auf die Frage, in welcher Weise die Mitwirkungsakte dem Bürger transparent gemacht werden können, ist noch einzugehen (vgl. 6. Kapitel, V).

25) Bezeichnenderweise wird die rechtliche Irrelevanz der Adressierung für die Frage der VA-Eigenschaft von den Vertretern des "Behördeninternums" dann herausgestellt, wenn Akte des Zusammenwirkens zwischen zwei Behörden an den Bürger eröffnet worden sind. Vgl. z.B. BayVGh, DÖV 1957, 241 (243); OVG Hamburg, DVBl. 1960, 643 (645).

der Mitwirkungsbehörde hinausgedrungenen und zur Kenntnis einer außenstehenden Stelle (Hauptbehörde) gelangten Mitwirkung mitzuteilen oder nicht. Das zur Ablehnung der VA-Qualität der Mitwirkungsakte verwendete Argument der "Kundmachungsfunktion" erweist sich somit als nicht stichhaltig ²⁶⁾.

III. DAS ARGUMENT DER "EINHEIT DER STAATSVVERWALTUNG"

In seinem Urteil vom 14.11.1935 hat das preußische Oberverwaltungsgericht ²⁷⁾ den Grundsatz vertreten, daß die Baupolizeibehörde nicht nur berufen sei, einen Baugenehmigungsantrag nach baupolizeilichen oder bautechnischen Rücksichten zu prüfen, sondern auch die Prüfungsbefugnis aller derjenigen Sonderpolizeibehörden in sich vereinige, deren Belange durch das Bauvorhaben unmittelbar berührt werden, wie z.B. der Gesundheits-, Sicherheits-, Feuersicherheits- und Wegeaufsichtsbehörden. Diese zum Baupolizeirecht entwickelte Rechtsprechung wird nun häufig auf die Fälle des normativ vorgeschriebenen Zusammenwirkens verschiedener Behörden übertragen. Aus dem vom preußischen Oberverwaltungsgericht aufgestellten Grundsatz, so wird behauptet ²⁸⁾, ergebe sich, daß für eine einheitliche Maßnahme auch nur eine der in Betracht kommenden Behörden zuständig sein könne. Dem Bürger trete nur eine einzige Behörde (scll. die Hauptbehörde) gegenüber, möge sich auch der ihm eröffnete VA aus den Überlegungen verschiedener Verwaltungsbehörden zusammensetzen. Wenn die zusammenwirkenden Behörden der gleichen öffentlichen Körperschaft angehörten, handele es sich in Wirklichkeit um die "Bildung des einheitlich zu denkenden rechtlichen Willens innerhalb der gleichen handelnden Rechtsperson" ²⁹⁾. Dieses Argument wird unter dem Etikett "Einheit der Staatsverwaltung" gegen die VA-Qualität der behördlichen Mitwirkungsakte vorgebracht.

Jedoch weist die These verschiedene dogmatische Schwächen auf.

26) Vgl. in diesem Sinne Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 280; Friauf, DÖV 1961, 666 (672); Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (723).

27) E 37, 210 (212 f.); vgl. auch E 105, 282 f. mit weiteren Nachweisen.

28) Vgl. z.B. Angres, DÖV 1958, 75 (76); Groebe, DVBl. 1959, 757 (760); daran anschließend auch Peetz, aaO. S. 36 ff. Auf die historische Entwicklung berufen sich auch Schutz-Frohberg, aaO. Eml. Nr. 6 (S. 14).

29) Vgl. OVG Münster, NJW 1954, 526 (528), worauf Groebe, DVBl. 1959, 757 (760) Bezug nimmt.

Zunächst einmal kann sie nicht gegen die VA-Natur aller hier interessierenden Mitwirkungsakte ins Feld geführt werden, da sie sich lediglich auf die Mitwirkung von Behörden der gleichen Körperschaft bezieht, während sehr häufig Behörden verschiedener Körperschaften zusammenwirken³⁰⁾. Aber selbst bei einer Beschränkung auf die Fälle des Zusammenwirkens von Behörden der gleichen Körperschaft vermag die These von der Einheit der Staatsverwaltung nicht zu überzeugen.

Der Hinweis auf die historische Entwicklung, insbesondere auf die zum Baupolizeirecht entwickelte Rechtsprechung des preußischen Oberverwaltungsgerichtes geht insofern fehl, als in den vom preußischen Oberverwaltungsgericht behandelten Fällen gemäß der damaligen Regelung nach außen hin jeweils nur eine Behörde ausschließlich zuständig war. In unserem Falle jedoch handelt es sich entgegen der damals zur Beurteilung stehenden Rechtslage um ein normativ vorgeschriebenes Mitwirkungsrecht einer anderen, von der Hauptbehörde unabhängigen Behörde³¹⁾. Da es bei den damals zur Entscheidung anstehenden Fällen an einem normativen Mitwirkungsvorbehalt fehlte, war die Rechtslage gerade im maßgeblichen Punkt von der hier behandelten verschieden³²⁾.

Abgesehen von der unzureichenden historischen Begründung ist keinesfalls im Sinne des Schlagwortes "Einheit der Staatsverwaltung" davon auszugehen, daß der Staat (bzw. eine andere Körperschaft des öffentlichen Rechts) notwendig in jeder Beziehung eine gleichsam "impermeable" Einheit darstellt, die lediglich durch diejenige Behörde Außenwirkung erzeugen kann, welche nach Einholung des Mitwirkungsaktes der beteiligten Behörde letztlich die Endentscheidung zu treffen hat³³⁾. Eine solche Auffassung geht im Grunde auf eine körperweltliche Kon-

30) Beim Zusammenwirken von Behörden verschiedener Körperschaften wird von dem die These der Einheit der Staatsverwaltung vertretenden OVG Münster, NJW 1954, 526 (528), die VA-Qualität der Mitwirkungsakte bejaht.

31) Vgl. Pietzonka, NJW 1961, 1425 (1427); Friauf, DÖV 1961, 666 (673); im Anschluß daran auch Bulling, aaO. S. 63; vgl. weiterhin OVG Münster, DÖV 1962, 554 (555).

32) Friauf, DÖV 1961, 666 (673), folgert aus dieser Tatsache, gerade in den Fällen materiell-rechtlicher Mitwirkungsvorbehalte ordne das Gesetz an, daß die Verwaltung nicht als Einheit tätig werde. Das Gesetz mache rechtliche Folgen auch im Außenverhältnis ausdrücklichen von einem Zusammenwirken mehrerer Behörden abhängig und setze damit mehrere Behörden in eine Beziehung zu dem jeweils Betroffenen.

33) Vgl. hierzu schon die zutreffende Kritik von Friauf, DÖV 1961, 666 (673).

zeption von Rechtsbegriffen zurück. Der Begriff der Einheit der Staatsverwaltung beruht auf der bildlichen Vorstellung von der "impermeablen", undurchdringlichen Rechtsperson Staat. Diese Bildersprache verleitet dazu, die Vorgänge in der juristischen Person Staat mit denen in der natürlichen Person Mensch zu vergleichen. Es ist zwar nicht zu leugnen, daß die Überlegungen und Entschlüsse der natürlichen Person Mensch rein interne Vorgänge sind, daß also die natürliche Person Mensch insoweit "impermeabel" ist. Es darf jedoch nicht verkannt werden, wie Bachof ³⁴⁾ mit Recht betont, "daß die juristische Person nur ein künstliches Gebilde der positiven Rechtsordnung, letzten Endes nur eine rechtliche Fiktion ist, wodurch der Gleichstellung ihres Verhaltens mit demjenigen natürlicher Personen unübersteigbare Schranken gesetzt sind, die sich aus der Natur der Sache ergeben". Der Schluß von dem Begriff der "Person" des Staates (bzw. einer anderen Körperschaft) auf deren "Impermeabilität" und weiter daraus folgend auf den "verwaltungsinternen Charakter" des Mitwirkungsaktes entspringt der oft bekämpften Neigung ³⁵⁾, eine bildliche Ausdrucksweise für bare Münze zu nehmen und Vorgängen in der Rechtswelt (hier: Mitwirkung einer anderen Behörde) die gleiche Bedeutung zuzulegen wie Vorgängen in der Körperwelt (hier: Überlegungen und Entschlüsse der "impermeablen" natürlichen Person Mensch). Die Problematik des normativ vorgeschriebenen Zusammenwirkens verschiedener Behörden ist viel subtiler und differenzierter, als daß man sie mit einer vergrößernden, die Eigengesetzlichkeit juristischer Logik verkennenden, körperweltlichen Denkweise lösen könnte, indem man von der realpsychischen Vorstellung ausgeht, die juristischen Personen bzw. die zusammenwirkenden Behörden seien ähnlich den natürlichen Personen gleichsam von einer undurchdringlichen Hülle umschlossen.

Die Verneinung der VA-Qualität der Mitwirkungsakte kann deshalb nicht auf die nur auf einer unzulässigen Begriffsassoziation und einer Vertauschung von juristi-

- 34) VA, S. 297; seine Untersuchung bezieht sich allerdings vorwiegend auf die Frage, ob eine "interne" Weisung aus dem Bereich der ursprünglich handelnden Person heraustreten und kraft ihrer bloßen Existenz Wirkungen auszulösen vermag, die unmittelbar in den Rechtskreis Dritter eingreifen. Unsere Problemstellung unterscheidet sich davon insofern, als es sich in unserer Untersuchung um normativ vorgesehene Mitwirkungsvorbehalte handelt.
- 35) Vgl. besonders Kipp, aaO. S. 211 (212): "es begegnet uns noch zu oft, die körperweltliche Auffassung von Rechten und Rechtswirkungen für mehr als ein Bild, für eine Wahrheit zu nehmen und daraus Schlußfolgerungen zu ziehen, die der inneren Berechtigung entbehren und sich vermeiden lassen, wenn man von jener körperlichen Auffassung sich lossagt." Vgl. auch in anderem Zusammenhang die Kritik von Jesch, Bindung, S. 101 ff.

schem mit mechanistisch-naturwissenschaftlichem Denken beruhenden - These von der Einheit der Staatsverwaltung gegründet werden.

IV. LÖSUNGSVERSUCH AUS DEM "WILLEN DES GESETZGEBERS BZW. SONSTIGEN NORMGEBERS"

Hat uns der Gesichtspunkt der Einheit der Staatsverwaltung nicht weitergeholfen, so gibt vielleicht der "Wille des Gesetzgebers bzw. sonstigen Normgebers" nähere Aufschlüsse über die Rechtsnatur der Mitwirkungsakte.

Besonders Eyermann-Fröhler³⁶⁾ versuchen ihre den verwaltungsinternen Charakter der Mitwirkungsakte bejahende Auffassung mit dem Argument zu stützen, in den hier zu beurteilenden Fällen handle es sich nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich um eine einzige Entscheidung, die die Besonderheit habe, daß sie durch das Zusammenwirken mehrerer Behörden zustandekomme. Durch die Anerkennung einer unmittelbaren Rechtswirksamkeit des Mitwirkungsaktes würde der Mitwirkungsbehörde eine Rechtsstellung eingeräumt, die ihr vom Gesetzgeber nicht zugedacht worden sei³⁷⁾. Die Verknüpfung der Mitwirkung mit dem Akt der Hauptbehörde zeige, daß der Gesetzgeber nicht an eine vom Hauptakt unabhängige Entscheidung der Mitwirkungsbehörde gedacht habe³⁸⁾. Es bestehe deshalb kein Anlaß, die Rechtsstellung der Mitwirkungsbehörde derart "aufzuwürdigen"³⁹⁾, daß sie für ihren Mitwirkungsakt verantwortlich gemacht werden könnte.

In diesem Zusammenhang wird von Eyermann-Fröhler⁴⁰⁾ auf die praktischen

36) aaO. Anm. 56 zu § 42; ähnlich auch BayVGh, DÖV 1957, 241 (242); Kratzer, BayVBl. 1959, 90; Peetz, aaO. S. 51; Heitzer, aaO. S. 33; Schütz, NJW 1963, 2150. Das OVG Lüneburg, DVBl. 1958, 138 (139) hat in einer zur Zustimmung der Obersten Landesstraßenbaubehörde nach § 9 Abs. 2 BFStrG ergangenen Entscheidung von der "vom Gesetzgeber gewünschten Reserve" der Mitwirkungsbehörde gesprochen.

37) Vgl. BayVGh, DÖV 1957, 241 (242).

38) So etwa Heitzer, aaO. S. 33.

39) BayVGh, DÖV 1957, 241 (243).

40) aaO. Anm. 56 zu § 42; Gesichtspunkte der Praktikabilität werden auch von Kratzer, BayVBl. 1958, 74; ders. BayVBl. 1959, 90 vorgebracht; vgl. weiterhin Dahn, NJW 1954, 526 (527); Schrödter, DVBl. 1962, 743 (749); BVerwG, BayVBl. 1964, 49 (50); OVG Koblenz, DVBl. 1964, 540 (542). Auch Heinze, DÖV 1962, 834 (835), erhebt Bedenken gegen die Annahme eines selbständig anfechtbaren VAes, weil in diesem Falle der Kläger "von Pontius zu Pilatus" geschickt würde.

Schwierigkeiten verwiesen, die die Bejahung der VA-Natur des Mitwirkungsaktes zur Folge habe. Es sei ein für die Praxis unhaltbares Ergebnis, wenn für einen einheitlichen Rechtsvorgang ein mehrfacher Rechtsweg erforderlich würde⁴¹⁾.

Wegen der Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit könnten u. U. zwei verschiedene Gerichte zur Entscheidung berufen sein. Diese Schwierigkeiten könne man nicht mit dem Hinweis abtun, der Gesetzgeber sei verantwortlich; denn, so führen Eyermann-Fröhler aus, "der Gesetzgeber hat hier nicht zwei, sondern nur eine Entscheidung und daher auch nur einen anfechtbaren VA vorgesehen".

Vor einer näheren Auseinandersetzung mit der hier vertretenen Ansicht erscheint eine grundsätzliche Feststellung angebracht.

Es ist nicht angängig, allein aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung und Verwaltungspraxis auf die fehlende VA-Eigenschaft der Mitwirkungsakte zu schließen. Treffend hat Stich⁴²⁾ hervorgehoben, daß die Gesichtspunkte der Verwaltungsvereinfachung und Verwaltungspraxis kaum Erkenntniswert für die Rechtsauslegung und Rechtsfindung beanspruchen können. Die Frage nach der Rechtsnatur der behördlichen Mitwirkungsakte ist in einem Rechtsstaat nur nach dem geltenden Recht zu beantworten, nicht aber nach verwaltungspolitischen Gesichtspunkten, die zwar insofern ihre Berechtigung haben, als sie der Gesetzgeber zur Rechtsnatur seines Handelns machen sollte, die aber nicht geeignet sind, bestehendes Gesetzesrecht am zu ändern. Sollte sich auf Grund des eindeutigen und selbstverständlich juristisch interpretierten Wortlauts der Mitwirkungsvorschriften eine unmittelbare Rechtswirkung und damit die VA-Qualität der Akte der beteiligten Behörden ergeben, was auch zu klären sein wird, dann könnten auch Praktikabilitäts Erwägungen an diesem Ergebnis nichts ändern. Es freige sich dann zwar über die Zweckmäßigkeit derartiger Mitwirkungsverbände "streiten", aber die *lege lata* niemals "brechen"⁴³⁾.

41) Unter Hinweis auf die Praktikabilitäts Erwägungen von Kratzer, BayVBl. 1958, 74 f. und BayVBl. 1959, 90.

42) DVBl. 1963, 193 (198). Dies wird auch von Fickert, DVBl. 1964, 173 (181), betont; vgl. auch Scheerbarth, aaO. S. 248: Das Argument der Verwaltungsvereinfachung ist "eine Zweckmäßigkeits Erwägung, aber keine juristische Beweisführung".

Mit Recht betont Witz, BB 1961, 351 (353), daß es nicht Aufgabe der Gerichte sei, den Gesetzgeber zu korrigieren.

Im übrigen besteht über die Frage, welche Auffassung nun praktikabler ist (Bejahung der VA-Natur oder des verwaltungsinternen Charakters) nicht einmal Einigkeit. Ob die Auffassung, welche die VA-Qualität verneint, tatsächlich die besseren Praktikabilitätsgründe auf ihrer Seite hat, muß sich noch erweisen. Bezeichnend für die diesbezüglichen Zweifel ist der Vorwurf von Peetz, aaO. S. 36, daß die die VA-Qualität bejahenden Ansch-

Der Wille des Gesetzgebers ist insoweit zu beachten, als er im Text des Mitwirkungsvorbehalts einen "hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat" ⁴⁴⁾. Nach der vom Bundesverfassungsgericht ⁴⁵⁾ vertretenen Theorie stellt der "objektivier- te Wille des Gesetzgebers" das Ziel der Auslegung dar. Daraus ergibt sich, daß das Bundesverfassungsgericht eindeutig nicht der subjektiven Interpretationsmethode folgt, "da das Gericht sonst auch den nicht im Text, sondern an anderer Stelle (z.B. in den Beratungen) geäußerten Gedanken des Gesetzgebers (seinem "Willen") Vorrang vor den im Text offenbarten geben müßte" ⁴⁶⁾. Vielmehr steht das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich auf dem Boden der entstehungs- zeitlich-objektiven Methode ⁴⁷⁾, da es den im Text klar und eindeutig zum Ausdruck gekommenen "Willen des Gesetzgebers" weithin als verbindlich ansieht.

Das Bundesverfassungsgericht hat zu Recht eine auf der streng subjektiven Interpretationsmethode beruhende Auslegung gegen den eindeutigen (juristisch interpretierten) Wortlaut abgelehnt ⁴⁸⁾. Abgesehen davon, daß innerhalb des gesetz- ten Rechts nur der in den vorgeschriebenen Formen publizierte Text (nicht aber die z.B. in den Beratungen des Gesetzgebers geäußerten Gedanken, die keiner- lei Ausdruck im Text gefunden haben, verbindlich ist und deshalb Gegenstand der Auslegung zu sein hat, muß vor allem aus Gründen der Rechtssicherheit der Text eines Gesetzes, das sich nicht nur an die rechtsanwendenden Staatsorgane, son- dern auch unmittelbar an die Bürger wendet, den entscheidenden Anhaltspunkt für den verbindlichen Normsinn ergeben ⁴⁹⁾.

Wenden wir diese Erkenntnisse auf die Interpretation der Mitwirkungsvorschriften an, so kann der "Wille des Gesetzgebers" im Hinblick auf die Rechtsnatur der Mitwirkungsakte nur insoweit eine Rolle spielen, als die Gedanken des Gesetz-

Fortsetzung der Fußnote 43) von Seite 46

ten zu sehr von Praktikabilitätserwägungen ausgingen. Auch Dittus Bauamt und Gemeindebau 1954, 75 (76), rechtfertigt den VA-Charakter der Mitwir- kungsakte mit praktischen Erwägungen.

44) BVerfGE 11, 126 (129).

45) Zusammenfassend BVerfGE 11, 126 (129 ff.). Vgl. auch BVerfGE 1, 299 (312); 8, 274 (307); 10, 20 (51); 10, 234 (244). Der gelegentlich zu fin- dende Ausdruck "objektiver" Wille des Gesetzgebers (BVerfGE 8, 307) läßt keine inhaltliche Abweichung erkennen.

46) Vgl. Jesch, JZ 1963, 241 (242 Anm. 4).

47) Davon ist die zeitungszeitlich-objektive Methode zu unterscheiden. Nach der "der Entstehung stehende Wille des Gesetzgebers" textlich objektiviert wird. (Jesch, JZ 1963, 241 (242 Anm. 4).

48) Vgl. BVerfGE 2, 380 (398); 8, 28 (33 f.); 8, 210 (220 f.); 9, 109 (117 f.).

49) Vgl. Jesch, JZ 1963, 241 (244).

gebers im Text der Mitwirkungsnormen wenigstens andeutungsweise wiedergefunden werden können. Betrachtet man die verschiedenen Mitwirkungsvorschriften, so muß man feststellen, daß in keinem der einschlägigen Fälle ein Wille des Gesetzgebers, sei es ausdrücklich, sei es nur andeutungsweise, Niederschlag gefunden hat, wonach mehrere rechtlich selbständige und damit verwaltungsgerichtlich einklagbare Entscheidungen verhindert werden sollten.⁵⁰⁾ Erkennbar ist lediglich das Motiv des Gesetzgebers, durch die Schaffung der Mitwirkungsvorbehalte in den Fällen, in denen es erforderlich erscheint, eine Fachbehörde mit besonderer Sachkenntnis oder eine höhere Behörde mit überörtlicher Erfahrung zu beteiligen, das Verwaltungsverfahren nicht unnötig zu "komplizieren"⁵¹⁾. Aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber aus Gründen der Vereinfachung der Einleitung des Verfahrens eine Verflechtung der Tätigkeit der zusammenwirkenden Behörden in der Weise vorschreibt, daß jeweils "nur ein, wenn auch komplexes petatium des Bürgers"⁵²⁾ erforderlich ist, folgt noch nicht mit denkgesetzlicher Notwendigkeit, daß er auch auf der Seite der öffentlichen Gewalt nur eine Entscheidung zulassen wollte.

Selbst wenn man, der hier abgelehnten "subjektiven" Interpretationsmethode verhaftet, den verbindlichen Norminhalt auch aus den z.B. in den Beratungen des Gesetzgebers (Gesetzesmaterialien) geäußerten Gedanken, die keinerlei Ausdruck im Gesetz gefunden haben, eruieren wollte, ließe sich nicht auf einen die VA-

50) Ähnlich auch Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (725). Auch im Falle des § 9 Abs. 2 BFStrG kann die VA-Natur der Erteilung oder Versagung der Zustimmung durch die Oberste Landesstraßenbaubehörde nicht mit der Begründung verneint werden, wie es das OVG Lüneburg, DVBl. 1958, 138 (139), tut, daß nur im Falle des § 9 Abs. 5 BFStrG (der keine Zustimmung gegenüber der Baugenehmigungsbehörde, sondern eine unmittelbare Genehmigung der Obersten Landesstraßenbaubehörde gegenüber dem Bürger vorseht) die Oberste Landesstraßenbaubehörde "aus der sonst vom Gesetzgeber gewünschten Reserve heraustreten und selbst einen somit auch selbständig anfechtbaren VA erlassen soll, in allen anderen Fällen nicht". Mit mindestens gleicher Berechtigung konnte man nämlich folgern, daß, wenn die Landesstraßenbaubehörde nach § 9 Abs. 5 schon selbständige VAe erlassen kann, sie auch im Falle des § 9 Abs. 2 in der Lage ist, mit unmittelbarer Rechtswirkung nach außen mitzuwirken.

Dieser Schluss wird in der Tat auch von Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (730), gezogen.

51) Vgl. OVG Lüneburg, DÖV 1959, 546 (548) = 58BauBl. 1959, 578 - Mitteilungen des Deutschen Stadterags 1958, Nr. 477 (S. 101); Mang, BayVBl. 1959, 82; Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (725).

52) Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (725).

Qualität der Mitwirkungsakte verneinenden Willen des Gesetzgebers schließen. Aus den einschlägigen Gesetzesmaterialien ergibt sich immer nur, daß durch die hier in Rede stehenden Mitwirkungs Vorschriften (Mitwirkungsakte bei erforderlicher Übereinstimmung der zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden) eine Komplizierung des "Verwaltungsverfahrens" vermieden und die Hauptbehörde gehindert werden soll, gegen den Willen der Mitwirkungsbehörde "positiv" (manchmal auch negativ) zu entscheiden⁵³). Aus den Materialien geht somit nur hervor, daß der Gesetzgeber neben der Verfahrensvereinfachung (der Bürger braucht nur "einen" Antrag zu stellen) das gegenseitige Abstimmen der Auffassungen mit dem Ziel der vollen Übereinstimmung bezweckt und rechtssatzmäßig postuliert hat. Ein "Wille des Gesetzgebers" in bezug auf die Rechtsnatur der Mitwirkungsakte ist hingegen auch in den Gesetzesmaterialien nicht zum Ausdruck gekommen. Damit erweist sich die Argumentation mit dem "Willen des Gesetzgebers" als unzutreffend. Die Behauptung, bei Bejahung der VA-Natur der Mitwirkungsakte geriete man "in ein geradezu verwirrendes Gestrüpp denkbarer Prozeßgestaltungen", was der Gesetzgeber nicht gewollt haben könne⁵⁴), erweist sich nicht als Ergebnis juristischer Logik, sondern als Produkt von Wunschvorstellungen⁵⁵) und mutet geradezu an wie Morgensterns Palmström-Logik ("weil, so

53) Vgl. etwa den Schriftlichen Bericht des 24. Ausschusses über den Entwurf eines Bundesbaugesetzes zu BT-Drucks. 1794, 3. Wahlp., S. 11 (zu § 31 d); Beschluß des 26. Ausschusses des Bundestages zum Schwerbeschädigten-gesetz, BT-Drucks. 4292, 1. Wahlp., S. 2 (mit dem Vorschlagsrecht der Hauptfürsorgestelle nach § 4 Abs. 3 SchwBG sollte sichergestellt werden, "daß in diesen Angelegenheiten, die ausschließlich die Schwerstbeschädigten oder die am schwersten unterzubringenden Beschädigten betreffen, die Hauptfürsorgestelle die Initiative behält".); Amtl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung des Art. 108 Abs. 2 GG, BT-Drucks. 3101, 1. Wahlp. (zu § 1); vgl. auch die Ausführungen von Cüppers, NJW 1949, 363 (365) zu § 12 RAOBrZ.

54) So etwa Eyermann-Fröhler, aaO. Anm. 56 zu § 42 mit Hinweis auf Dahs, NJW 1954, 526 (527); letzterer verweist allerdings auf die Notwendigkeit einer künftigen Lösung der Problematik durch den Gesetzgeber.

55: Eine solche These ist unabhängig von den grundsätzlichen Bedenken gegen die streng subjektive Interpretationsmethode unhaltbar, weil nicht einmal ein außerhalb des Gesetzestextes in den Materialien auffindbarer "realer" Wille, sondern nur ein "hypothetischer" Wille des Gesetzgebers ins Spiel gebracht wird, was nicht mehr Auslegung, sondern eigene Rechtsschöpfung bedeutet. Das, was man für vernünftig hält, wird als Wille des Gesetzgebers ausgegeben.

schließt er messerscharf, nicht sein kann, was nicht sein darf" - oder in diesem Falle sogar nur: was nicht sein sollte).

V. DIE ANNAHME EINER NUR "FAKTISCHEN" WIRKUNG DES MITWIRKUNGSAKTES

Wiederholt trifft man auf die Meinung, der Akt der Mitwirkungsbehörde werde nur insoweit rechtlich bedeutsam, als er in dem Akt der Hauptbehörde aufgehe. Der Mitwirkungsakt müsse durch den Hauptakt erst "umgesetzt" werden, um als Vorgang der Rechtsordnung existent zu werden⁵⁶⁾. Versage die Mitwirkungsbehörde den zum Erlaß einer bestimmten Entscheidung vorgeschriebenen Mitwirkungsakt, so sei die Hauptbehörde zwar gehindert, die gewünschte Entscheidung zu treffen; jedoch werde die Hauptbehörde nicht von einer eigenverantwortlichen Prüfung entbunden. Es stehe ihr frei, ohne Beteiligung der mitwirkungsberechtigten Behörde eine ablehnende - nicht der Mitwirkung bedürftige - Entscheidung zu treffen. Erst wenn sie einen positiven - der Mitwirkung bedürftigen - VA setzen wolle, müsse sie den vorgeschriebenen Mitwirkungsakt bei der beteiligten Behörde einholen. Bei Verweigerung der erforderlichen Mitwirkung könne die Hauptbehörde ihre nunmehr aus Rechtsgründen erforderliche ablehnende Entscheidung zwar damit begründen, daß die vorgeschriebene Mitwirkung der beteiligten Behörde nicht vorliege. Sie sei jedoch nicht verpflichtet, die von der Mitwirkungsbehörde unter Umständen für die Versagung des betreffenden Mitwirkungsaktes gegebene Begründung zu ihrer eigenen zu machen. Es sei durchaus denkbar, daß die Hauptbehörde nachträglich (nach Verweigerung der Mitwirkung) andere rechtliche Hindernisse erkenne, die der - einer Mitwirkung bedürftigen - Hauptentscheidung ohnedies im Wege stünden. Dann bleibe es der Hauptbehörde unbenommen, ihre Ablehnung statt mit der vorangegangenen ablehnenden Entscheidung der Mitwirkungsbehörde allein mit diesen (an sich) zusätzlichen Hindernissen zu begründen, wenn sie sich davon eine stärkere Wirkung und mehr Überzeugungskraft verspreche. Die Hauptbehörde könne sich zwar hinter der von der beteiligten Behörde gegebenen Begründung verschaukeln; sie brauche sich aber nicht dahinter zu verstecken^{57) 58)}.

⁵⁶⁾ So OVG Berlin, DVBL 1959, 514 (517 f., Sp.), Eyermann-Fronter, aaO. § 42 Rdnr. 56; ähnlich auch Groebe, DVBL 1959, 757 (759); Beyer, NJW 1961, 1321; BayVGH, DÖV 1957, 241 (242).

⁵⁷⁾ So insbesondere Baring, ZBR 1957, 4 (7); ähnlich auch Dietz, BaWuVBL 1961, 65 (68).

⁵⁸⁾ Kratzer, BayVBL 1959, 2, ist sogar der Meinung, es sei keineswegs üblich, daß sich eine Behörde bei der Ablehnung eines Gesuchs auf die negative Einstellung einer anderen Behörde berufe, da dies im allgemeinen keinen guten Eindruck mache.

Jedoch kommt diese Meinung, die lediglich die Hauptbehörde als das Organ ansieht, welches den in die Rechtssphäre des Bürgers eingreifenden Rechtsakt konstituiert, nicht an der Tatsache vorbei, daß die Hauptbehörde den der Mitwirkung bedürftigen Akt bei Versagung der Mitwirkung "im Ergebnis" ablehnen muß, gleichgültig in welcher Weise sie nun ihre Ablehnung begründet⁵⁹⁾. Wird diese Abhängigkeit der Hauptbehörde von der Entscheidung der beteiligten Behörde auch nolens volens zugestanden und damit eine bestimmte Relevanz des Mitwirkungsaktes in der Außenwelt nicht geleugnet, so sieht man die Wirkung dieses Aktes aber lediglich als mittelbare, rechtlich durch den Hauptakt vermittelte Außenwirkung an. Heinze⁶⁰⁾ spricht in diesem Zusammenhang von einer unmittelbaren, "jedoch lediglich faktischen Außenwirkung", was zur Annahme eines VAes nicht genüge. Dem Dritten werde durch den bloßen Mitwirkungsakt noch nichts verboten oder geboten, nichts gewährt oder versagt, er gewinne weder Rechte noch büße er solche ein, nach außen hin werde weder etwas festgestellt noch die Rechtslage gestaltet. Soweit ein Dritter durch den auf Grund der Mitwirkung erlassenen VA rechtlich betroffen werde, sei dies nur eine mittelbare Folge des Mitwirkungsaktes⁶¹⁾. Ohne den Akt der Hauptbehörde sei der Mitwirkungsakt rechtlich bedeutungslos.

Auf der gleichen Ebene liegt das besonders vom Bundesverwaltungsgericht⁶²⁾ benutzte Argument, die Mitwirkungsbehörde stelle durch die Mitwirkung lediglich vorbereitend gegenüber der Hauptbehörde fest, ob dem Erlaß des Hauptaktes Bedenken entgegenstehen oder nicht. Die "rechtliche Konsequenz" aus dieser Feststellung habe allein die Hauptbehörde zu ziehen. Letztere sei es, der allein im Außenverhältnis, d.h. im Verhältnis zwischen Bürger und Behörde, die Entscheidungsbefugnis zukomme. Zwischen dem Bürger und der Mitwirkungsbehörde be-

59) Das wird auch von Baring, ZBR 1957, 4 (7), zugestanden. So auch Eyermann-Fröhler, aaO. § 42 Rdnr. 56 ("Das Kriterium dieser Akte liegt also darin, daß die nach außen hin in Erscheinung tretende Behörde in ihrer Willensbildung nicht frei ist, daß sie vielmehr von der Entscheidung einer anderen Stelle abhängig ist.").

60) VerwArch. Bd. 52 (1961), 278. Eyermann-Fröhler, aaO. § 42 Rdnr. 56 sprechen ebenfalls von "tatsächlicher" Wirkung ("Zwar trifft hier tatsächlich die Entscheidung die Zweitbehörde; ...").

61) Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 278 unter Hinweis auf BVerwGE 1, 169 (170); ders. DÖV 1962, 834 (836).

62) Vgl. seine jüngsten zu diesem Problemkomplex (hier § 9 Abs. 2 BFStrG) ergangenen Urteile vom 28.5.1963 - I C 247, 58 - DVBl. 1963, 815 (818) = BayVBl. 1964, 51 (52) und - I C 99/59 - BayVBl. 1964, 49 (50 f.); so im Anschluß daran auch zwei Urteile des OVG Koblenz vom 12.12.1963, DVBl. 1964, 538 und 540 (541); ähnlich auch BVerwG, NJW 1959, 590.

stunden dagegen keine rechtlichen Beziehungen. Nach dem Wortlaut und dem Sinn des Gesetzes sei die Mitwirkung nicht zu einer Rechtshandlung oder tatsächlichen Maßnahme des Bürgers erforderlich, sondern stehe in einem unlösbaren Zusammenhang mit der von der Hauptbehörde zu treffenden Entscheidung⁶³⁾. Der nur der Vorbereitung der Entscheidung der Hauptbehörde dienende Mitwirkungsakt habe keine selbständige rechtliche Bedeutung gegenüber dem Bürger. "Geregt" werde der Fall nicht schon durch die Mitwirkung, sondern erst dadurch, daß die Hauptbehörde über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Anspruchs bzw. einer Verpflichtung durch VA entscheide⁶⁴⁾ 65).

Aus der Kompetenz der Hauptbehörde zur "endgültigen" Entscheidung darüber, ob dem Staatsbürger ein bestimmter Anspruch zusteht oder nicht bzw. ob ihn eine bestimmte Verpflichtung trifft oder nicht, wird also gefolgert, der Akt der Mitwirkungsbehörde könne kein VA sein, da durch ihn dem Bürger gegenüber nicht endgültig bestimmt werde, was für ihn Rechtens sein soll⁶⁶⁾.

63 Vgl. BVerwG, DVBl. 1963, 815 (816) = BayVBl. 1964, 51 (52); BayVBl. 1964, 49 (51); OVG Koblenz, DVBl. 1964, 538 und 541; so auch Kipp, DÖV 1957, 513 (516); Obermayer, DVBl. 1956, 674 (675); Schütz, NJW 1963, 2150 (2153 r. Sp.).

64 So etwa Groebe, DVBl. 1959, 757 (759); Neufang, DVBl. 1951, 108 (109); Joachim, DVBl. 1959, 388 (389); Dietz, SaWuVBl. 1961, 65 (67); Heitzer, aaO. S. 34; BVerwGE 1, 169 (170); BayVGh, DÖV 1957, 241 (242); OVG Berlin, DVBl. 1959, 515 (517); OVG Hamburg, DÖV 1961, 111 (113) im Gegensatz zu OVG Hamburg, DÖV 1959, 546 (allerdings anderer (II.) Senat).

65 Auch bei Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 ff., die bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen die VA-Natur der Mitwirkungsakte bejahen - wobei die dort entwickelten Abgrenzungskriterien an erheblichen Unklarheiten leiden - klingt dieser Gedanke im Widerspruch zu ihren eigenen Ausgangsthese gelegentlich an (vgl. z.B. S. 724 Anm. 31).

66 Von diesem Ausgangspunkt erscheint die Behauptung der VA-Natur des Widerspruchs des Personalgutachterausschusses gegenüber dem Bundesverteidigungsminister gegen die Überführung eines Bundesgrenzschutzbeamten in die Bundeswehr auch das BVerwG (F 12, 20 (23 f.)) nicht als Durchbrechung seiner ständigen, die VA-Qualität der Mitwirkungsakte vernehmenden Rechtsprechung, sondern als konsequent. Der Widerspruch bedurfte nämlich keiner "Umsetzung" durch einen Hauptakt, sondern löste nach der gesetzlichen Regelung unmittelbar die rechtliche Wirkung aus, daß der Beamte nicht ins Soldatenverhältnis übertrat (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 des 2. Bundesgrenzschutzgesetzes i. V. m. § 1 des Personalgutachterausschußgesetzes).

Vgl. auch die Anm. von Beyer, NJW 1961, 1321.

Dieser Gesichtspunkt hat augenscheinlich auch Menger⁶⁷⁾ dazu bestimmt, dem Mitwirkungsakt die Qualität eines "materiellen" VAes abzusprechen, da die Mitwirkung "als solche noch nicht die begehrte Regelung selbst" darstelle, sondern lediglich als "Teil der Regelung" anzusehen sei. Mit der Mitwirkung allein könne der - einen Antrag stellende - Staatsbürger nichts anfangen, da nicht der Akt der beteiligten Behörde, sondern die über den geltend gemachten Anspruch getroffene Entscheidung der Hauptbehörde die von ihm begehrte Regelung enthalte⁶⁸⁾.

Vor einer kritischen Untersuchung dieser Auffassung, die aus der Tatsache, daß der Mitwirkungsakt noch nicht die endgültige Entscheidung über den Anspruch enthält, auf dessen verwaltungsinternen Charakter schließt, ist kurz auf die - allerdings vereinzelt gebliebene - Meinung einzugehen, wonach die Hauptbehörde durch den Mitwirkungsakt dergestalt gebunden sei, daß für eine eigenverantwortliche Entscheidung kein Raum mehr bleibe. Die Hauptbehörde vermöge in diesen Fällen keinen eigenen VA zu verlautbaren, sondern trete allenfalls als Bote oder Übermittler des Aktes der Mitwirkungsbehörde in Erscheinung⁶⁹⁾. Die bloße behördliche Mitteilung der Entscheidung einer anderen Behörde entbehre aller Elemente, die einen eigenen VA kennzeichnen.

Eine solche Auffassung verkennt, daß der Hauptbehörde vom Gesetz ausdrücklich die Zuständigkeit übertragen worden ist, die "endgültige" Entscheidung über die dem Bürger zustehenden Ansprüche oder ihm obliegenden Verpflichtungen zu treffen. Demgegenüber kann auch die Abhängigkeit der Hauptbehörde von der Entscheidung der Mitwirkungsbehörde nicht gegen die VA-Qualität des Hauptak-

67) VerwArch. Bd. 50 (1959), 396; ders. VerwArch. Bd. 52 (1961), 108; VerwArch. Bd. 55 (1964), 177 f.

68) Menger, VerwArch. Bd. 50 (1959), 396; Bd. 55 (1964), 178, sieht den Mitwirkungsakt jedoch als "formellen" VA an, der für sich allein anfechtbar sei, zwar nicht deshalb, weil er die Regelung selbst, also materieller VA sei, aber deshalb, weil er der Regelung "diene". Es ist hier nicht der Ort, auf den besonderen VA-Begriff Mengers einzugehen (vgl. hierzu Menger, System, S. 104; ablehnend: Obermayer, VA, S. 83); in diesem Zusammenhang kommt es nur auf die den oben angeführten Meinungen ähnliche, auf dem gleichen Hintergrund erwachsene, Argumentation Mengers bei der Ablehnung des "materiellen" VAes an.

69) So ausdrücklich LVG Köln, ZBR 1958, 206 (208) mit Anm. von Ule; vgl. auch Böhm, Bauamt und Gemeindebau 1958, 221 (223).

tes ins Feld geführt werden. Mit Recht hebt das Oberverwaltungsgericht Berlin ⁷⁰⁾ hervor, die Ansicht, wonach die Selbständigkeit der Willensbildung durch die Hauptbehörde ein Element des VAes sei, könne "weder aus der gesetzlichen Begriffsbestimmung noch aus den allgemeinen Begriffsmerkmalen der Verwaltungshandlung hergeleitet werden".

Danach ist die Ausgangsthese der die nur faktische Wirkung des Mitwirkungsaktes vertretenden Meinung, wonach erst der Akt der Hauptbehörde die "endgültige", vom Bürger begehrte oder ihn belastende Regelung enthalte, richtig.

Die daraus gezogene Folgerung jedoch, daß der Mitwirkungsakt, weil er noch nicht die "endgültige" Regelung darstelle, keine VA-Quantität besitzen könne, steht als reine Rechtsbehauptung, d.h. ohne rechtlich fundierte Begründung da. Eine solche Argumentation krankt an dem nach den Grundsätzen der Logik schwerwiegenden Fehler, eine Konklusio zu ziehen, ohne das Vorhandensein der Prämissen bewiesen zu haben.

Nach den Grundsätzen der Logik hätte die hier kritisierte Auffassung die Gedanken ihrer Beweisführung wie folgt anordnen müssen:

1. Behördliche Maßnahmen, die noch nicht die vom Bürger erstrebte oder ihn belastende "endgültige" Regelung darstellen, sind keine VAe (Prämisse).
2. Die Mitwirkungsakte enthalten noch nicht die vom Bürger erstrebte oder ihn belastende "endgültige" Regelung - diese ist vielmehr den Hauptakten vorbehalten (Kopula).
3. Also sind die Mitwirkungsakte keine VAe (Konklusio).

Diese Konklusio durfte aber erst dann gezogen werden, wenn die Prämisse bewiesen worden war. Diesen Beweis hat die obige Meinung jedoch nicht erbracht, so daß also das entscheidende Glied in der Deduktion fehlt. Die Prämisse weist die erhebliche dogmatische Schwäche auf, daß sie den Begriff der "endgültigen" Regelung mit dem VA-Begriff identifiziert. Jedoch hängt die VA-Qualität einer behördlichen Maßnahme nicht davon ab, ob sie die einen Fall "abschließende" und "endgültige" Regelung enthält, sondern ob sie unmittelbar rechtserhebliche Wirkungen in der Außenwelt gegenüber einem zumindest bestimmbar Personen-

⁷⁰⁾ DVBl. 1960, 43 517; richtig auch Heinze, DÖV 1962, 836, der darauf hinweist, daß die Hauptbehörde den Bürger im eigenen Namen bescheidet und daß sie von der Auffassung der Mitwirkungsbehörde völlig unabhängig ist, wenn sie statt des der Mitwirkung bedürftigen positiven Aktes einen negativen Bescheid erlassen möchte.

kreis äußert. Diese Wesensmerkmale, die wohl ziemlich unbestritten dem Begriff "VA" inhärent sind ⁷¹⁾, können dem Mitwirkungsakt nicht in apodiktischer Weise deshalb abgesprochen werden, weil dieser als solcher noch nicht die "letztlich" begehrte Regelung darstellt; eigene originäre Rechtswirkungen kann eine behördliche Maßnahme unter Umständen auch schon dann aufweisen, wenn sie nur der Endentscheidung dient oder wenn sie Voraussetzung für den Erlass der abschließenden und letztlich erstrebten Entscheidung ist ⁷²⁾.

Da sich die Prämisse im obigen Syllogismus als unzutreffend erweist, geht die Argumentation mit dem bloß vorbereitenden Charakter bzw. der rein faktischen Wirkung des Mitwirkungsaktes ins Leere. Im Grunde enthält dieses Argument eine nur behauptende Vorwegnahme dessen, was bewiesen werden soll.

VI. DAS SUBJEKTIVE RECHT ALS AUSGANGSPUNKT ZUR BESTIMMUNG DER RECHTSNATUR DES MITWIRKUNGSAKTES

Geht Heinze, wie ausgeführt, grundsätzlich von der nur "faktischen" Wirkung des Mitwirkungsaktes aus, so will er doch ausnahmsweise die Mitwirkung dann als VA ansehen, wenn deren VA-Qualität "ipso iure" begründet sei ⁷³⁾ ⁷⁴⁾. Die Vor-

⁷¹⁾ Vgl. Obermayer, VA, S. 83; Wolff I § 46 I; Weides, JuS 1964, 62; § 4 Berliner Verwaltungsverfahrensgesetz (Berl. VwVerfG) vom 2. 10. 1958 (GVBl. S. 951) enthält eine gesetzliche Definition des VAes.

Vgl. zur teleologischen Auslegung des Begriffs Sachhof, BVerwG, S. 209 ff.

⁷²⁾ Vgl. Obermayer, VA, S. 71 f.; ähnlich auch Menger, System, S. 104 f., dessen richtiger Ansatzpunkt jedoch durch die überflüssige und systemwidrige Unterscheidung zwischen materiellem und formellem VA verdunkelt wird.

⁷³⁾ Vgl. Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 283 f.; DÖV 1962, 834 (836).

⁷⁴⁾ Die Ausführungen Heinzes, VerwArch. Bd. 52, 280 ff., über die VAe "expressis verbis" und "ipso facto" berühren unseren Problemkreis nicht. Im ersten Fall erhebt die betreffende behördliche Maßnahme nach ihrem ausdrücklichen Inhalt Anspruch auf unmittelbare Geltung, was auf die hier zu behandelnden Mitwirkungsvorbehalte nicht zutrifft. Der zweite Fall bezieht sich auf das hier nicht interessierende Problem, inwieweit behördeninterne Maßnahmen in VAe umschlagen können, weil sie bei-
läufig unmittelbar individuelle Rechte beeinträchtigen.

aussetzung für einen VA "ipso iure" liege vor, wenn dem Einzelnen ausdrücklich oder implicite ein "subjektives öffentliches Recht" auf Vornahme oder Unterlassung eines bestimmten Mitwirkungsaktes verliehen sei; denn in diesem Fall habe der Mitwirkungsakt stets unmittelbare rechtliche Wirkung für den Berechtigten. Die Rechtswirkung bestehe in der Verfestigung der Rechtsstellung des Einzelnen durch die Realisierung seines Anspruchs zu einem VA; das Rechtsverhältnis zwischen Verwaltung und Einzelem werde verändert: sei es vorher ein durch das Bestehen eines Anspruchs gekennzeichnetes Schwebeverhältnis gewesen, so werde es nunmehr von der Wirkung des Mitwirkungsaktes beherrscht⁷⁵⁾. Ein subjektives Recht auf den Erlass eines Mitwirkungsaktes und damit das Vorliegen eines VAes nimmt Heinze immer dann an, wenn der Mitwirkungsvorbehalt im Interesse des Einzelnen, nicht aber im öffentlichen Interesse eingeführt worden ist.

Die Gedankengänge Heinzes halten einer kritischen Überprüfung nicht stand. Der Haupteinwand gegen die These, der VA-Charakter eines Mitwirkungsaktes sei von dem Bestehen eines subjektiven öffentlichen Rechts auf Vornahme oder Unterlassung dieses Aktes abhängig, geht dahin, daß Heinze hier zwei Fakten miteinander verquickt, die im Sinne einer einwandfreien rechtsdogmatischen Methode streng voneinander zu trennen sind: Die Rechtsnatur eines Hoheitsaktes (hier: Mitwirkungsaktes) und das subjektive Recht auf einen bestimmten Hoheitsakt. Man kann die VA-Natur eines Hoheitsaktes nicht davon abhängig machen, ob ein Anspruch auf diesen Akt besteht oder nicht, ebensowenig wie die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines Hoheitsaktes für seine Qualifizierung als VA von Bedeutung sind⁷⁶⁾. Entscheidend für die VA-Eigenschaft einer hoheitlichen Maßnahme ist lediglich, ob sie unmittelbare Rechtswirkungen nach außen gegenüber Personen oder Gegenständen zeitigt. Ist letzteres der Fall, dann handelt es sich um einen VA, gleichgültig ob ein Anspruch auf diese Maßnahme besteht oder nicht, ob sie rechtmäßig oder rechtswidrig ist.

Audem Heinze das Bestehen oder Nichtbestehen eines subjektiven Rechts auf eine behördliche Maßnahme als Kriterium zur Bestimmung der Rechtsnatur einer Maßnahme heranzieht, unterliegt er dem gleichen Trugschluß, der uns gelegentlich im Prozeßrecht in der Weise begegnet, daß die "Zulässigkeit" einer Klage

VerwArch. Bd. 52 (1961), 283.

Eine solche Verwechslung liegt auch den Auffassungen von Neufang, DVBl 1951, 108 (109), Wolff II § 77 V b 3 (S. 89), VJ Berlin, JR 1957, 196 (197 r. Sp. - obiter dictum) zugrunde.

Rechtlich hingegen Brohm, DÖV 1964, 338 (345): "Rechtsnatur und Rechtmäßigkeit einer Anordnung sind wesensmäßig verschieden und müssen auseinandergehalten werden."

davon abhängig gemacht wird, ob ein subjektives Recht des Bürgers verletzt worden ist oder nicht. Die Frage nach dem Bestehen bzw. der Verletzung eines subjektiven Rechts muß aber im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung noch offen bleiben; dort kommt es nur darauf an, ob sich die behördliche Maßnahme als Rechtsakt erweist, der in den Rechtskreis des Klägers eingreift und damit geeignet ist, Rechte des Klägers zu verletzen. Hingegen gehört die Frage, ob ein subjektiv-öffentliches Recht des Klägers besteht und verletzt worden ist, ob der Eingriff also zu Recht oder zu Unrecht erfolgt ist, zur Begründetheit der Klage. Die Zulässigkeit einer Klage kann nicht von dem vorweggenommenen Ausgang der Prüfung der Begründetheit abhängig sein ⁷⁷⁾.

In gleicher Weise - um wieder zu unserem Ausgangspunkt zurückzukehren - geht es nicht an, die VA-Natur eines Mitwirkungsaktes von dem Bestehen eines subjektiven öffentlichen Rechts des Einzelnen auf diesen Akt abhängig zu machen. Der Gesichtspunkt des subjektiven öffentlichen Rechts besitzt also keinerlei Erkenntniswert für die Bestimmung der Rechtsnatur einer behördlichen Maßnahme; deren Qualifizierung bestimmt sich lediglich nach ihren Wirkungen gegenüber einem Rechtssubjekt.

Aber auch von seinem eigenen, als verfehlt entlarvten Ausgangspunkt erscheint es sehr zweifelhaft, ob Heinze seine These, die VA-Qualität der Mitwirkungsakte sei in der Regel zu verneinen, weil in den meisten Fällen kein subjektives öffentliches Recht auf die Mitwirkung bestehe, aufrechtzuerhalten vermag. Sollte sich nämlich herausstellen, daß der Hauptakt nur dann fehlerfrei erlassen werden kann, wenn der durch Mitwirkungsvorbehalt vorgeschriebene Mitwirkungsakt vorliegt, so müßte entgegen der Auffassung von Heinze, der das Bestehen eines subjektiven öffentlichen Rechts auf die Fälle beschränkt, in denen der Mitwirkungsvorbehalt im Interesse des Einzelnen eingeführt worden ist ⁷⁸⁾, ein subjektives öffentliches Recht des Einzelnen auf eine dem Gesetz entsprechende Entscheidung der Mitwirkungsbehörde immer dann bejaht werden, wenn ein solches Recht auf Erlaß des Hauptaktes besteht; denn andernfalls würde man das

77) Vgl. hierzu besonders die Kritik von Bachof, VVDStRL Heft 12, S. 60 und von Obermayer, VA, S. 161.

78) Schon Friauf, DÖV 1961, 666 (671 Anm. 62), und im Anschluß daran Bulling, aaO. S. 46, haben die Ableitung der VA-Eigenschaft aus der Interessenlage kritisiert. Die Kritik enthält allerdings die Gefahr von Mißverständnissen insofern, als sie ein Glied in der Deduktion Heinzes nicht berücksichtigt. Heinze schließt nämlich nicht von der Interessenlage direkt auf die VA-Qualität einer Maßnahme, sondern von der Interessenlage zunächst auf das Vorliegen eines subjektiven Rechts, wovon er dann wiederum die VA-Natur ableitet.

letztere Recht aufheben⁷⁹⁾.

VII. DIE VERNEINUNG DER VA-QUALITÄT DES MITWIRKUNGSAKTES AUS DEM GESICHTSPUNKT DER MACHTVOLLKOMMENHEIT UND ABSOLUTEN BINDUNGSLOSIGKEIT DER HAUPTBEHÖRDE AN DEN AKT DER BETEILIGTEN BEHÖRDE

Von einer weitverbreiteten Ansicht in Schrifttum und Rechtsprechung wird das Erfordernis des durch Mitwirkungsvorbehalt vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes als Voraussetzung für den Erlass eines fehlerfreien Hauptaktes geleugnet. Nach dieser Auffassung kann die Hauptbehörde einen rechtmäßigen VA auch gegen das Veto der Mitwirkungsbehörde setzen. Die Hauptbehörde entscheidet danach ohne Rücksicht auf das Vorliegen oder die Versagung des Mitwirkungsaktes in "eigener Machtvollkommenheit"⁸⁰⁾ über den Erlass des Hauptaktes, so daß dem Mitwirkungsakt keine entscheidende Bedeutung zukommt; eine rechtliche Wirkung gegenüber dem Staatsbürger wird ihm aus diesem Grunde abgesprochen.

Diese Meinung wird mit zwei voneinander verschiedenen Gesichtspunkten begründet: der Verantwortlichkeit der Hauptbehörde für die eigene Entscheidung und der Entscheidungsbefugnis der Hauptbehörde nach der objektiven Rechtslage.

1. Die Ablehnung jeder rechtlich relevanten Bedeutung der Mitwirkungsakte aus dem Gedanken der Verantwortlichkeit der Hauptbehörde für die eigene Entscheidung wird besonders in einigen älteren Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts⁸¹⁾ und ihm folgend vom Oberverwaltungsgericht Lüneburg⁸²⁾ vertreten. Ausgangspunkt der Argumentation ist der Satz, die Hauptbehörde habe die endgültige Entscheidung zu treffen und müsse deshalb auch die Verantwortung für die Entscheidung tragen; denn eine Freistellung von der Verantwortung für die

⁷⁹⁾ So auch Er auf, DÖV 1961, 666 (671 Anm. 62); vgl. in diesem Zusammenhang auch Menger, VerwArch. Bd. 55 (1964), 175 (181 Anm. 30).

⁸⁰⁾ So OVG Lüneburg, DVBl. 1958, 138 (139).

⁸¹⁾ Urt. vom 29.6.1954, E 1, 169 (170 f.) = DVBl. 1954, 646 f. = DÖV 1954, 664 f. = NJW 1954, 1662 f.; Urt. vom 10.5.1955, E 2, 95 (98 f.) = NJW 1955, 1530 mit zustimmender Anm. von Heins.

⁸²⁾ Urt. vom 10.1.1957, OVGE 11, 409 = VerwRspr. Bd. 10, 987 (988) = DVBl. 1958, 138 (139) = DÖV 1958, 908 = BBauBl. 1957, 531.

Der Gedanke der Verantwortlichkeit klingt auch bei Reiter, BayVBl. 1959 247; Wagener, DVBl. 1962, 737 (738) und Heitzer, aaO. S. 101 f. an.

eigene Entscheidung widerspreche dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung⁸³⁾. Eine solche Verantwortung und die damit verbundenen Folgen könne die Hauptbehörde aber nur dann übernehmen, wenn sie in eigener Machtvollkommenheit prüfe, ob die von ihr zu treffende Entscheidung mit dem Gesetz in Einklang stehe. Deshalb sei es untragbar, wenn eine Behörde ihre Entscheidung "automatisch an die Stimme eines andern ketten"⁸⁴⁾ und damit nach außen hin für eine Maßnahme eintreten müsse, von deren Gesetzmäßigkeit sie nicht überzeugt sei. Hinter einer Entscheidung, welche ein Staatsorgan selbständig nach außen treffe, müsse auch der selbständige Wille dieses Organs stehen.

Nach einer solchen Argumentation verwundert es nicht, wenn die Schlußfolgerung gezogen wird, eine zwischenbehördliche Bindung sei jedenfalls außerhalb des Ermessensbereichs abzulehnen; die Hauptbehörde habe in eigener Verantwortung und Machtvollkommenheit zu prüfen, ob die Ablehnung des Mitwirkungsaktes durch die beteiligte Behörde im Gesetz eine Grundlage finde. Der Hauptbehörde wird also die Befugnis zugestanden, den betreffenden Hauptakt auch ohne den vorgeschriebenen Mitwirkungsakt fehlerfrei zu erlassen, wenn sie die Versagung der erforderlichen Mitwirkung für ungerechtfertigt hält. Die Mitwirkungsakte, die auf Grund von Mitwirkungsvorbehalten ergangen sind, welche die Übereinstimmung der zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden beim Erlaß von VAen (Hauptakten) vorsehen, sinken demnach zu bloßen Stellungnahmen ohne verbindlichen Rechtscharakter herab.

Diese aus dem Gesichtspunkt der Verantwortung gezogene Schlußfolgerung vermag aus mehreren Gründen nicht zu überzeugen. Zunächst wird von der erwähnten Auffassung verkannt, daß die aus dem Zivil- und Strafrecht entlehnten und zur Begründung herangezogenen Verantwortlichkeits- und Schuldvorstellungen nicht ohne weiteres auf zwischenbehördliche Beziehungen übertragen werden können⁸⁵⁾. Zwar kann die Überzeugung und Verantwortung unter Umstände für die rechtliche Würdigung des persönlichen Verhaltens eines einzelnen Beamten relevant sein (z.B. bei der Nachprüfung und Nichtbefolgung von Dienstauweisungen). Hingegen sind die psychologischen Begriffe der Überzeugung und Verantwortung auf Behörden als "institutionell" nicht anwendbar. Der vom einer Behörde zu erlassende VA ist nicht als der psychologischen Situation der Behörde, sondern ausschließlich im Rahmen der objektiven Sachbezüge des Verwaltungsaktes zu

83) Vgl. VerwArch. 1958, 171; aaO. f. auch VerwArch. 2, 15 (199); OVG Lüneburg, DVBl. 1958, 138 (139).

84) So OVG Lüneburg, DVBl. 1958, 138 (139).

85) Das heben mit Recht Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 162 und im Anschluß daran Bulling, aaO. S. 100 f. hervor.

beurteilen⁸⁶⁾. Zivilistische und strafrechtliche Konstruktionen bzw. Analogien werden den zwischenbehördlichen Beziehungen nicht gerecht. Es ist deshalb geboten, im Verhältnis der Verwaltungsbehörden zueinander psychologische Elemente aus der Betrachtung auszuschneiden⁸⁷⁾.

Davon abgesehen ist es aber gerade die Schlüsselfrage, ob die Hauptbehörde die allein nach außen auftretende "verantwortliche" Behörde ist oder ob auch die Mitwirkungsbehörde für ihren Akt nach außen einzustehen hat. Es ist selbstverständlich und bedarf keiner Begründung, daß die Hauptbehörde für die von ihr getroffene eigene Entscheidung verantwortlich ist. Es fragt sich jedoch, ob allein die Hauptbehörde oder auch die Mitwirkungsbehörde eine Entscheidung mit Außenwirkung trifft⁸⁸⁾. Handelt es sich nämlich bei der Maßnahme der Mitwirkungsbehörde um einen VA, dann hat nicht die Hauptbehörde, sondern die Mitwirkungsbehörde für diesen Akt einzustehen, während sich die "Verantwortung" der Hauptbehörde auf den Hauptakt beschränkt. Bei dem Versuch, die Hauptbehörde alleine als allein verantwortliche Behörde zu deklarieren, handelt es sich um nichts anderes als eine *petitio principii*. Die Nichtverantwortlichkeit der Mitwirkungsbehörde setzt nämlich voraus, daß deren Mitwirkungshandlung keinen VA darstellt. Dieser Beweis wurde jedoch nicht erbracht. Die Verneinung der VA-Qualität des Mitwirkungsaktes mit dem banalen Satz der Verantwortlichkeit der Hauptbehörde für die eigene Entscheidung beruht also auf einem Scheinargument.

In diesem Zusammenhang ist es schwer verständlich, wenn sich das Bundesverwaltungsgericht auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung beruft und deshalb eine Bindung der Hauptbehörde an den Akt der Mitwirkungsbehörde verneint⁸⁹⁾. Da das Vorliegen des Mitwirkungsaktes als Voraussetzung für den Erlaß des Hauptaktes durch einen Mitwirkungsvorbehalt vorgeschrieben ist, liegt bei Heranziehung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gerade der gegenteilige Schluß auf eine Bindung der Hauptbehörde an den Mitwirkungsakt und die "Verantwortung" der Mitwirkungsbehörde für ihren eigenen Akt nahe.

Der Tat hat der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung wiederholt zur Verneinung der Eigenverantwortlichkeit der Mitwirkungsbehörde und der VA-Qualität des Mitwirkungsaktes gedient. In einem der Argumentation des Bundesverwal-

86) So Forthoff, aaO. S. 191, der aus diesem Grunde die Versuche, dem VA einen rechtsgeschäftlichen Willen im Sinne des Privatrechts zu unterstellen, ablehnt.

87) So richtig Heinze, VerwArch, Bd. 52 (1961), 162.

88) Vgl. auch Scheerbarth, aaO. S. 248.

89) BVerwGE 1, 169 (171).

tungsgerichts entgegengesetzten Sinne wird betont, daß die Hauptbehörde die Entschlieung der Mitwirkungsbehörde nicht nachprüfen dürfe und daß sie bei Versagung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes den Hauptakt - und zwar rechtmäßig - ablehnen oder unterlassen müsse. Daraus folge, daß nicht die Hauptbehörde, sondern die Mitwirkungsbehörde für die Ablehnung letztlich verantwortlich sei und daß sie deshalb für die Versagung des Mitwirkungsaktes prozessual einzustehen habe ⁹⁰⁾. Aus diesen gegenteiligen Schlußfolgerungen ⁹¹⁾ erhellt, daß auch die Berufung auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht geeignet ist, die "Alleinverantwortlichkeit" der Hauptbehörde - wenn man einmal von den bereits erwähnten Bedenken gegen die Einführung psychologischer Begriffe in das Verwaltungsrecht absieht ⁹²⁾ - zu stützen.

2. Erwies sich das Argument der Verantwortlichkeit der Hauptbehörde zur Bestimmung der Rechtsnatur der Mitwirkungsakte als unergiebig, so ist nunmehr zu

90) Vgl. z.B. OVG Hamburg, DV 1959, 546 (548); OVG Münster, DV 1962, 554 (555); Dahs, NJW 1954, 526; Friauf, DV 1961, 666 (673); ähnlich Bulling, aaO. S. 104.

Diese gegenteilige Schlufolgerungsmglichkeit wird hier nur zum Zwecke der Widerlegung angeführt; ihre Stichhaltigkeit wird an späterer Stelle zu überprüfen sein.

91) Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 10.3. 1951, NJW 1951, 455 f., aus dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und der Eigenverantwortlichkeit der Behörden sogar die Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Mitwirkungsvorschrift abgeleitet.

Daraus ergibt sich die bemerkenswerte - bisher kaum beachtete - Tatsache, daß drei verschiedene Ergebnisse mit dem gleichen Argument (scil. der Eigenverantwortlichkeit der Behörden) begründet werden:

- a) Die Verneinung der VA-Qualität der Mitwirkungsakte
- b) Die Bejahung der VA-Qualität der Mitwirkungsakte
- c) Die Verfassungswidrigkeit der Mitwirkungsvorschriften.

92) Heinze, DV 1962, 834 (836), bezeichnet die Argumentation, wonach eine Maßnahme derjenigen Behörde als VA zuzurechnen sei, die für sie "verantwortlich" sei, als Tautologie, weil es keinen Rechtssatz gebe, nach dem die innerhalb der Verwaltung maßgeblich entscheidende Stelle auch die von ihr veranlaßte Maßnahme "verantworten" müsse. Dem kann hinsichtlich der Wertlosigkeit des Begriffs der Verantwortung zur Bestimmung der Rechtsnatur der Mitwirkungsakte zugestimmt werden; abzulehnen ist aber das von ihm gefundene Ergebnis.

prüfen, ob deren VA-Eigenschaft aus dem Gesichtspunkt der "Entscheidungsbefugnis der Hauptbehörde nach der objektiven Rechtslage" verneint werden kann.

Nach der besonders von Schrödter vertretenen Auffassung steht der Hauptbehörde die Befugnis zu, sich notfalls über die Versagung des Mitwirkungsaktes der beteiligten Behörde hinwegzusetzen, wenn sich aus der "objektiven Rechtslage" die Rechtswidrigkeit der Versagung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes ergibt⁹³⁾. Der Mitwirkungsakt wird somit in diesen Fällen als ein rechtliches Nullum behandelt, dem keine VA-Qualität zukommen kann. Mit der Ablehnung der Bindungswirkung des Mitwirkungsaktes gelangt diese Meinung also zum gleichen Ergebnis wie die auf das Argument der Verantwortlichkeit der Hauptbehörde gestützte Auffassung. Im Gegensatz hierzu wird die Verneinung der Bindungswirkung jedoch nicht aus der psychologischen Situation der Hauptbehörde - nämlich der Unzumutbarkeit für die Hauptbehörde, die Verantwortung für eine Entscheidung zu übernehmen, von deren Gesetzmäßigkeit sie nicht überzeugt ist - abgeleitet. Vielmehr soll es aus Gründen der Logik⁹⁴⁾ notwendig sein, jede Beeinflussung der nur nach dem objektiven Recht zu treffenden Entscheidung der Hauptbehörde durch die Mitwirkung der beteiligten Behörde im Sinne einer Bindung abzulehnen. Bei richtiger Rechtsanwendung, so wird argumentiert⁹⁵⁾, könne ein Unterschied in der Entscheidung von Hauptbehörde und Mitwirkungsbehörde gar nicht bestehen. Es fehle somit an der logischen Möglichkeit einer Abhängigkeit der Hauptentscheidung von der Mitwirkung. Auch sei es mit Art. 20 Abs. 3 GG nicht vereinbar, die Hauptbehörde durch die Stellungnahme der Mitwirkungsbehörde zu einem Handeln contra legem zu zwingen. Maßgebend könne vielmehr allein die "objektive

Schrödter, DVBl. 1962, 743 (746 f.); in gleicher Weise OVG Lüneburg, DVBl. 1962, 758 (759); OVG Koblenz, DVBl. 1964, 538 (539) und DVBl. 1964, 540 (542); ebenso auch Schütz, NJW 1963, 2150 (2152 f.), jedoch nur hinsichtlich der im BBauG vorgesehenen Fälle des Einvernehmens der Gemeinden. Abgegeben soll sich die Baugenehmigungsbehörde (Hauptbehörde) nicht über die Versagung der Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde hinwegsetzen können, da "der Gesetzgeber das Wort Zustimmung in diesem Zusammenhang gewollt im technischen Sinne gemeint" habe und "da es der Rechtsentwicklung widersprechen würde, wenn die untere Behörde sich über die abweichende Rechtsansicht der höheren Verwaltungsbehörde hinwegsetzen könnte".

Ebenso schon zwischen Einvernehmen und Zustimmung differenzierend Dietz, BaWuVBl. 1961, 65 ff., der der Baugenehmigungsbehörde die Kompetenz einräumt, sich über die rechtswidrige Versagung des im BBauG vorgeschriebenen Einvernehmens der Gemeinde hinwegzusetzen (S. 76), diese Kompetenz aber bezüglich der Zustimmung der höheren Verwaltungsbehörde verneint.

94) Vgl. Schütz, NJW 1963, 2150 f.

95) Schütz, NJW 1963, 2150 (2151)

Rechtslage" sein, nach der sich die Entscheidung unabhängig von der Einstellung der Mitwirkungsbehörde zu richten habe⁹⁶⁾. Da die Mitwirkungsbehörde keine verbindliche Einwirkung auf die Rechtslage vornehmen könne, fehle dem Mitwirkungsakt jede rechtlich selbständige Bedeutung, die für eine Anerkennung als VA erforderlich sei⁹⁷⁾.

Nach diesen Gedankengängen nimmt es nicht wunder, wenn Schrödter⁹⁸⁾ - von seiner Sicht aus konsequent - zu dem Schluß kommt, daß der Hauptakt "im Rahmen der gesetzlichen Regelung"⁹⁹⁾ auch dann als rechtmäßig betrachtet werden müsse, wenn die durch Mitwirkungsvorbehalt vorgesehene Mitwirkung fehle oder versagt worden sei.

Die Kühnheit, mit der sich diese Auffassung über den Mitwirkungsvorbehalt hinwegsetzt und dem Mitwirkungsakt jede rechtliche Relevanz abspricht, ist zwar bewundernswert, jedoch läßt sich eine stichhaltige Begründung vermissen.

Ein gewichtiges Gegenargument liefert diese Meinung selbst, indem sie den Bereich strikter Rechtsbindung von dem Ermessensbereich trennt und in letzterem eine Bindung der Hauptbehörde an den Mitwirkungsakt der beteiligten Behörde dann für denkbar hält, wenn bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen der im Ermessen der Mitwirkungsbehörde liegende Akt sachgerecht erteilt oder versagt worden ist¹⁰⁰⁾. In diesem Falle wird konzediert, daß das fehlerfreie Ermessen der Mitwirkungsbehörde ausschlaggebend sein müsse und der Hauptbehörde nicht das Recht zustehen könne, sich über die Versagung des erforderlichen Mitwirkungs-

96) So Schrödter, DVBl. 1962, 743 (746); Schütz, NJW 1963, 2150 (2151 f.) unterstützt diese Auffassung noch mit dem merkwürdigen Argument, daß die Mitwirkungsbehörde (scil. Gemeinde) nicht das Recht habe, zweifelhaftere oder inzuffiziente Rechtsansichten gegenüber der Hauptbehörde (scil. Genehmigungsbehörde) durchzusetzen, über die letzten Endes ohnehin die Gerichte zu entscheiden hätten.

97) Schütz, NJW 1963, 2150 (2152); Schrödter, DVBl. 1962, 743 (747).

98) DVBl. 1962, 743 (747); ebenso OVG Lüneburg, DVBl. 1962, 758 (759); OVG Koblenz, DVBl. 1964, 538 (539) und DVBl. 1964, 540 (542); Schütz, NJW 1963, 2150 (2152); ähnlich auch Czermak, NJW 1963, 703 (704), wo nach Mängel beim Zusammenwirken der verschiedenen Stellen nicht zur Rechtswidrigkeit des Hauptaktes führen. Unklar bleibt allerdings, ob er leugnet, eine Bindungswirkung der Verwaltungsorgane über auch die Hauptbehörde annimmt.

99) Das will heißen: in Übereinstimmung mit der objektiven Rechtslage.

100) So ausdrücklich Schrödter, DVBl. 1962, 743 (748 r.S.); Schütz, NJW 1963, 2150 (2152 r.Sp.); vgl. auch OVG Lüneburg, DVBl. 1962, (760 l.Sp.); OVG Koblenz, DVBl. 1964, 538 f. und

aktes hinwegzusetzen. Damit hat diese Auffassung - zumindest auf dem Ermessenssektor - ihrer eigenen Begründung den Boden entzogen. Schrödter ¹⁰¹⁾, der Hauptverfechter dieser Ansicht, hat ausdrücklich die Inkonsistenz der in dem Runderlaß des Ministers für Landesplanung, Wohnungsbau und öffentliche Arbeiten im Lande Nordrhein-Westfalen vom 15.3.1962 ¹⁰²⁾ und der Entschließung des Bayerischen Staatsministers des Innern vom 19.4.1962 ¹⁰³⁾ zum Ausdruck kommenden Meinung gerügt, wonach trotz Qualifizierung der Mitwirkungsakte als Verwaltungsinterna die Hauptbehörde sich nicht über die Versagung der Mitwirkung hinwegsetzen könne. Bei einer Bejahung der - von ihm im Bereich strikter Rechtsbindung abgelehnten - Gebundenheit der Hauptbehörde an den Akt der beteiligten Behörde, so führt er aus, könne nur die allein rechtlich mögliche Folgerung gezogen werden, daß dann der Mitwirkungsakt den Charakter eines selbständigen VAes haben müsse ¹⁰⁴⁾. Die gleiche Widersprüchlichkeit muß jedoch auch Schrödter hinsichtlich seiner Auffassung über die Rechtsnatur der Mitwirkungsakte im Ermessensbereich zum Vorwurf gemacht werden. Wenn er hier dem sachgerechten Ermessen der Mitwirkungsbehörde vor dem der Hauptbehörde den Vorzug gibt, so daß die eigenen Ermessenserwägungen der Hauptbehörde zurücktreten müssen - was aber "Bindung" bedeutet -, so müßte Schrödter nach seiner eigenen Ausgangsthese ¹⁰⁵⁾ in diesem Bereiche zu einer Bejahung der VA-Qualität des Mitwirkungsaktes kommen. Dies tut er verblüffenderweise jedoch nicht, sondern behauptet, ohne auch nur den Versuch einer Begründung zu machen, es sei nicht gerechtfertigt, dem Mitwirkungsakt der beteiligten Behörde in diesem sehr engen Bereiche die Bedeutung eines selbständigen VAes mit absoluter Bindungswirkung zuzuerkennen ¹⁰⁶⁾.

101) DVBl. 1962, 743 (747).

102) BBauBl. 1962, 309.

103) BBauBl. 1962, 302.

104) DVBl. 1962, 743 (747 r. Sp. oben).

105) DVBl. 1962, 747 r. Sp. oben.

106) Merkwürdig ist in diesem Zusammenhang auch die Auffassung von Schütz, NJW 1963, 2150 (2152), der aus der Annahme, dem Mitwirkungsakt komme im Bereich strikter Rechtsanwendung mangels Bindungswirkung keine rechtliche Bedeutung zu, die Schlußfolgerung zieht, dies könne für die restlichen Fälle (Ermessensbereich) nicht gut anders sein, da das Verhältnis zwischen Haupt- und Mitwirkungsbehörde einheitlich gestaltet sei und nicht das eine Mal intern, das andere Mal von rechtlicher Bedeutung gegenüber Dritten sein könne. Da er die Bindung an eine fehlerfreie Ermessensentscheidung der Mitwirkungsbehörde bejaht, besteht sehr wohl ein Unterschied zum Bereich strikter Rechtsanwendung.

Diese augenscheinliche Inkonsistenz¹⁰⁷⁾ zeigt, daß zumindest im Ermessensbereich eine Verneinung der VA-Natur der Mitwirkungsakte aus dem Gesichtspunkt der "Entscheidung der Hauptbehörde nach der objektiven Rechtslage" nicht haltbar ist.

Aber auch im "Bereich strikter Rechtsbindung" kann der These, die Hauptbehörde dürfe sich über den Mitwirkungsvorbehalt hinwegsetzen, wenn sich aus der objektiven Rechtslage die Rechtswidrigkeit der Versagung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes ergebe, nicht gefolgt werden. Hat sich im Ermessensbereich schon deutlich die dogmatische Schwäche der Theorie der absoluten Bindungslosigkeit der Hauptbehörde gezeigt, so wird die Geschlossenheit dieser Auffassung noch mehr in Frage gestellt, wenn wir uns vor Augen halten, daß auch im Bereich strikter Rechtsbindung die Entscheidung der Mitwirkungsbehörde sehr häufig mit der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe, die einen Beurteilungsspielraum einräumen¹⁰⁸⁾, einhergeht. Hier geht das Argument, daß bei richtiger Rechtsanwendung ein Unterschied in der Entscheidung von Haupt- und Mitwirkungsbehörde nicht bestehen könne, fehl; denn häufig führt die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe, die einen Beurteilungsspielraum einräumen, nicht zu eindeutigen Ergebnissen, sondern zu mehreren vertretbaren und damit rechtmäßigen Entscheidungen¹⁰⁹⁾. Es besteht - wenn man sich auf den Boden der Theorie vom

107) Schröder scheint diese Widersprüchlichkeit auch gesehen zu haben, weshalb er geflissentlich statt von einer Bindung der Hauptbehörde von dem Zurücktreten der eigenen Ermessenserwägungen der Hauptbehörde hinter die der Mitwirkungsbehörde spricht; (DVBl. 1962, 749 r. Sp.); diese einigermaßen dunkle Wendung vermag aber nicht darüber hinwegzutauschen, daß es sich hier in Wahrheit um eine geschickt kaschierte Bindung der Hauptbehörde handelt.

108) So z.B. die zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe im Bundesbaugesetz (§§ 33, 34, 35 Abs. 1), worauf besonders Stich, DVBl. 1963, 193 (196), und Fickert, DVBl. 1964, 173 (177 und 180), hinweisen.

109) Siehe dazu besonders Ule, Verwaltungsverfahren, § 114 Erl. II mit weiteren Judikatur- und Literaturnachweisen.

Die von Ule entwickelte "Vertretbarkeits-theorie" stimmt mit der von Bachof, JZ 1955, 97 ff., und Jesch, AöR Bd. 82, 163 ff., vertretenen Auffassung überein, daß jeder unbestimmte Begriff einen "Beurteilungsspielraum" (Bachof, aaO. S. 98, 101) oder neben einem festen "Begriffskern" einen ziemlich weiten "Begriffshof" enthalte, in dem verschiedene Entscheidungen rechtlich möglich seien (Jesch, aaO. passim).

In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist die Lehre vom Beurteilungsspielraum weitgehend übernommen worden (BVerwGE 5, 153; 6, 177; 8, 192; 11, 139; 12, 20, 29; 12, 359)

Beurteilungsspielraum stellt - also durchaus auch bei richtiger Rechtsanwendung die logische Möglichkeit, daß Haupt- und Mitwirkungsbehörde zwei verschiedene, jedoch vertretbare und damit auch rechtmäßige Ergebnisse für zutreffend erachten. Dann kann die Hauptbehörde sich aber nicht über die vertretbare und rechtmäßige Entscheidung der Mitwirkungsbehörde mit ihrer eigenen (ebenfalls vertretbaren) Entscheidung hinwegsetzen ¹¹⁰⁾.

Letztlich aber - und dies ist der Haupteinwand gegen die These von der Unverbindlichkeit der Entscheidung der Mitwirkungsbehörde für die Hauptbehörde und damit der fehlenden rechtlichen Bedeutung des Mitwirkungsaktes - kommt es hier auf die Unterscheidung zwischen Ermessensbereich und Bereich strikter Rechtsbindung, unbestimmtem Rechtsbegriff und bestimmtem Rechtsbegriff überhaupt nicht an. Auch bei Anwendung bestimmter Rechtsbegriffe im Bereich strikter Rechtsbindung kann sich die Hauptbehörde nicht über das Fehlen des durch Mitwirkungsvorbehalt vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes hinwegsetzen. Die gegenwärtige Auffassung ¹¹¹⁾ arbeitet mit einer unzulässigen Unterstellung, indem sie annimmt, bei einer Nichtübereinstimmung zwischen Haupt- und Mitwirkungsbehörde werde die "objektive Rechtslage" von der Mitwirkungsbehörde immer falsch beurteilt, während die Hauptbehörde stets rechtmäßig entscheide. Es besteht aber nicht der geringste Anhaltspunkt dafür, daß die Hauptbehörde der Rechtsfindung näher steht als die Mitwirkungsbehörde und sich deshalb über die Versagung des Mitwirkungsaktes hinwegsetzen kann ¹¹²⁾. Die Vermutung dürfte

110) So treffend Stich, DVBl. 1963, 193 (196); vgl. auch Fickert, DVBl. 1964, 173 (181), der sich besonders gegen die auf das Einvernehmen der Gemeinde nach dem Bundesbaugesetz bezogene Behauptung Schröders, DVBl. 1962, 746 f., wendet, ein mehrere vertretbare Entscheidungen zulassender Beurteilungsspielraum würde zu einer erheblichen Einschränkung der durch Art. 14 GG garantierten Baufreiheit führen. Volle Zustimmung verdient hierbei die Auffassung Sticks, daß die durch Art. 14 GG garantierte Baufreiheit nur im Rahmen der Gesetze bestehe.

111) Vgl. Anm. 93 auf Seite 62.

112) So auch Schütz-Frohberg, aaO. Einl. 2. 6 (S. 14; Fickert, DVBl. 1964, 173 (181); nicht zugestimmt werden kann letzterem jedoch, wenn er zwischen materieller Mitwirkung in Gestalt eines Ermessens- oder Beurteilungsspielraums und formeller Mitwirkung, die sich ausschließlich in der Anwendung eines fest umgrenzten Rechtsbegriffs erschöpft, unterscheidet und die Mitwirkungsnorm, die lediglich eine "formelle" Mitwirkung vorsieht, als leerlaufend betrachtet. Auch diese Mitwirkungsnorm ist durchaus sinnvoll, da sie durch Einschaltung mehrerer Behörden die Gefahr rechtswidriger Hauptakte verringert.

im Gegenteil sogar eher für die rechtmäßige Entscheidung der Mitwirkungsbehörde sprechen, da letztere häufig - zumindest auf einem Teilbereich - den besseren Sachverstand besitzt¹¹³⁾. Würde man - durch die Unterstellung einer besseren Rechtskenntnis der Hauptbehörde gegenüber der mitwirkungsberechtigten Fachbehörde verleitet - der Hauptbehörde die Kompetenz einräumen, über die Rechtmäßigkeit der versagenden Entscheidung der Mitwirkungsbehörde zu befinden und sich quasi zum Richter über die am Rechtsvorgang beteiligte Behörde aufzuwerfen, so könnte sich die Hauptbehörde mit der (unter Umständen unzutreffenden) Begründung, sie halte den ablehnenden Akt der Mitwirkungsbehörde für rechtswidrig, über diesen hinwegsetzen und damit den Mitwirkungsvorbehalt "überspielen". Das normativ vorgeschriebene Mitwirkungserfordernis würde illusorisch; denn es bedürfte des Mitwirkungsaktes überhaupt nicht mehr, da die Ablehnung der Mitwirkung ohnehin unbeachtet bleiben könnte. Eine solche Auffassung würde jedoch die dem gewählten Wortlaut des Mitwirkungsvorbehalts offenbar zugrunde liegende Motivation des Gesetzgebers ignorieren¹¹⁴⁾.

Es ist deshalb davon auszugehen, daß die Hauptbehörde rechtlich nicht in der Lage ist, sich über die Versagung des Mitwirkungsaktes hinwegzusetzen. Mit dieser Feststellung erweist sich aber die Prämisse, aus der die fehlende rechtliche Wirkung des Mitwirkungsaktes abgeleitet wird, als unzutreffend¹¹⁵⁾.

113) Der gleichen Ansicht hinsichtlich der Gemeinde als mitwirkender Stelle nach dem Bundesbaugesetz ist Fickert, DVBl. 1964, 180; unzutreffend: Schütz, NJW 1963, 2152 r. Sp. unten.

114) Vgl. in diesem Sinne Schütz-Fronberg, aaO. Einl. Nr. 6 (S. 14); Stich, DVBl. 1963, 197 l. Sp.; ähnlich auch Fickert, DVBl. 1964, 181; Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 162; BGH, DVBl. 1959, 623. Nedden, DÖV 1959, 525 (528), bezeichnet es bezüglich § 9 Abs. 2 BFStrG als widersinnig, wenn sich die Baugenehmigungsbehörde über die Versagung der Zustimmung der Obersten Landesstraßenbaubehörde hinwegsetzen konnte. Vgl. auch Idel, NJW 1954, 1949.

115) Ebenso wenig ist nach Einlegung des Widerspruchs gegen die versagende Entscheidung der Hauptbehörde die Rechtsmittelbehörde in der Lage, sich über die Versagung des Mitwirkungsaktes hinwegzusetzen. Andernfalls könnte auf dem Umweg über das Rechtsmittel erfahren die Erforderlichkeit des Mitwirkungsaktes verneint werden. Dem steht jedoch der Rechtsgrundsatz entgegen, daß die Prüfungsbefugnis und damit die Entscheidungsbefugnis der Rechtsmittelbehörde nicht über die der untergeordneten Behörde hinausgehen kann. Die Entscheidung der unteren Behörde könnte mit anderen Worten nur dann aufgehoben werden, wenn diese rechtlich in der Lage wäre, sich über die Versagung des Mitwirkungsaktes hinwegzusetzen. Dies ist, wie ausgeführt, jedoch nicht der Fall.

VIII. DAS ARGUMENT DER "INZIDENTKONTROLLE" BZW. DER "ERSETZBARKEIT" DES MITWIRKUNGSAKTES DURCH DAS VERWALTUNGSGERICHT

Der Versuch, die mangelnde VA-Eigenschaft des Mitwirkungsaktes mit der absoluten Bindungslosigkeit der Hauptbehörde an den Akt der beteiligten Behörde zu beweisen, begegnet uns in einer anderen Variante wieder, wonach das Verwaltungsgericht die Befugnis haben soll, die Mitwirkungsbehörde im Verfahren gegen die Hauptbehörde bzw. deren Rechtsträger sozusagen incidenter zum Erlaß des erforderlichen Mitwirkungsaktes zu verpflichten oder aber diesen sogar - ohne besonderen Ausspruch gegen die Mitwirkungsbehörde - zu ersetzen. Diese Behauptung dient zur Fundierung der These, dem Bürger, der einen begünstigenden VA begehre, könne der durch Art. 19 Abs. 4 GG garantierte Rechtsschutz auch dann wirksam gewährt werden, wenn man den Mitwirkungsakt nicht als selbständig anfechtbaren VA, sondern lediglich als Verwaltungsinternum ansehe.

Die Begründungen für eine derartige Überprüfungskompetenz des Verwaltungsgerichts stoßen auf erhebliche Bedenken und lassen sich nicht halten.

Relativ leicht läßt sich die erste Spielart, wonach die mitwirkungsberechtigte Behörde bezüglich der vorgeschriebenen Mitwirkung im Prozeß gegen die Hauptbehörde einfach "mitjudiziert" werde und auf Grund entsprechender Urteilsgründe zur Mitwirkung beim Erlaß des Hauptaktes verpflichtet sei¹¹⁶⁾, widerlegen. Die Möglichkeit des Verwaltungsgerichts, die Mitwirkungsbehörde im Prozeß gegen die Hauptbehörde zur Erteilung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes mit Rücksicht auf die Gründe des Urteils zu verpflichten, wird mit den Wirkungen des prozessualen Instituts der Beiladung begründet. Die Mitwirkungsbehörde sei am Prozeß gegen die Hauptbehörde im Wege der Beiladung zu beteiligen, weil durch das im Prozeß zu erwartende Urteil ihr rechtliches Interesse, d. h. ihr durch Gesetz festgelegtes Mitwirkungsrecht beim Erlaß eines VAs berührt werde¹¹⁷⁾

116) Vgl. Pietzonka, NJW 1961, 1425 (1428); ähnlich Meyer, DVBl. 1961, 77; OVG Koblenz, DVBl. 1964, 540 (542); unklar Peetz, aaO. S. 110 f., der einmal unter Berufung auf Angres, DÖV 1958, 75, 77, behauptet (S. 110), durch das Urteil des Verwaltungsgerichts gegen die Hauptbehörde erhalte diese trotz fehlender Mitwirkung die Legitimation, den der Mitwirkung bedürftigen VA zu erlassen (was aber Ersetzung bedeutet), und der später (S. 111) davon spricht, daß sowohl die Haupt- als auch die Mitwirkungsbehörde von dem Spruch des Gerichts "betroffen und verpflichtet" würden (was auf eine Inzidentverpflichtung der Mitwirkungsbehörde hinausläuft); ähnlich unklar Henze, DÖV 1962, 834 (838) und OVG Koblenz, DVBl. 1964, 538 (539).

117) Vgl. Pietzonka, NJW 1961, 1425 (1428), Meyer, DVBl. 1961, 77.

Von dem gegen die Hauptbehörde gerichteten Urteil gehe gem. § 121 VwGO eine Bindungswirkung aus, die die beigeladene Mitwirkungsbehörde zur erneuten Überprüfung ihrer Stellungnahme verpflichte 118).

Eine solche Auffassung ist schon deshalb unzutreffend - ohne daß auf die problematische Frage der Zulässigkeit einer Beiladung an dieser Stelle eingegangen werden soll -, weil keine verfahrensrechtliche Grundlage ersichtlich ist, wonach eine beigeladene Behörde incidenter zu einem bestimmten Tätigwerden verpflichtet werden könnte. Die beigeladene Mitwirkungsbehörde ist nur dann zum Erlass des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes verpflichtet, wenn diese Verpflichtung im Tenor des Urteils steht und rechtens stehen kann 119). Das ist jedoch nicht der Fall, da im Tenor eines auf Grund des Prozesses gegen die Hauptbehörde bzw. die hinter ihr stehende Körperschaft ergangenen Urteils lediglich die Verpflichtung der Hauptbehörde, nicht aber die der beigeladenen Mitwirkungsbehörde enthalten sein kann.

Auch besteht keine rechtliche Verpflichtung der mitwirkungsberechtigten Behörde, den Gründen eines solchen Urteils entsprechend zu handeln. Die Begründung eines Urteils dient nur dazu, seinen Tenor, an den nur die Hauptbehörde gebunden ist, zu verdeutlichen. Zwar pflegen in der Praxis die Verwaltungsbehörden regelmäßig den auch außerhalb der Urteilsformel geäußerten Rechtsansichten Rechnung zu tragen. Jedoch handelt es sich hierbei lediglich um ein *nobile officium* gegenüber den Gerichten 120). Eine rechtliche Verpflichtung der Mitwirkungsbehörde hinge-

118. Schutz, NJW 1963, 2159 (2163), meint gar, wenn die beigeladene Behörde das Urteil rechtskräftig werden lasse, so liege darin die vorgeschriebene Mitwirkung (hier: Zustimmung); gegen diese gewagte Konstruktion zu Recht Menger, VerwArch. Bd. 55 (1964), 175 (179 Anm. 29).

119. So richtig Erschmann-Wemgart, DÖV 1962, 721 (726); Fickert, DVBl. 1964, 173 (182); ders. DÖV 1964, 661, (663); vgl. auch Stich, DVBl. 1963, 193 (198); Bulling; aaO. S. 121 f., 123 f.; Böhm, Bauamt und Gemeindebau 1958, 221 (223); BFH, NJW 1962, 1316 (1317).

120. Vgl. Erschmann-Wemgart, DÖV 1962, 721 (726); unzutreffend Pietzonka, NJW 1961, 1425 (1428), der nicht nur ein *nobile officium*, sondern eine rechtliche Verpflichtung annimmt. Mit Recht stellt Menger, VerwArch. Bd. 55 (1964), 180, die Frage, was der Staatsbürger machen solle, wenn die Mitwirkungsbehörde trotz der Feststellung des Gerichts - die ja nicht vollstreckbar ist - den erforderlichen Mitwirkungsakt nicht erteilt, sondern sich einfach in Schweigen hüllt. Eine Verweisung des Bürgers auf den Weg der Aufsichtsbeschwerde stünde im Widerspruch mit Art. 19 Abs. 4 GG.

gen kann stets nur durch einen gegen sie gerichteten Urteilsspruch erreicht werden (121).

Die meisten Verfechter des verwaltungsinternen Charakters behördlicher Mitwirkungsakte haben diese Schwierigkeiten, die einer Verpflichtung der beigeladenen Behörde im Wege stehen, auch gesehen. Sie versuchen ihnen aber dadurch zu begegnen, daß sie die Mitwirkung der beteiligten Behörde im Falle eines dem Kläger im Prozeß gegen die Hauptbehörde günstigen Urteils, in dessen Gründen auch die Mitwirkungshandlung als zu Unrecht versagt behandelt ist, für überflüssig erklären (122).

Diese besonders in den beiden jüngsten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (123) und von einem beachtlichen Teil der Literatur (124) vertretene Ansicht geht - zutreffend - davon aus, daß es der Hauptbehörde nicht gestattet sein kann, sich über die Versagung der Mitwirkung hinwegzusetzen. Im Gegensatz hierzu wird jedoch dem Verwaltungsgericht eine solche Kompetenz eingeräumt. Durch die Anrufung des Verwaltungsgerichts sei der Rechtsfall "aus der Ebene des Verwaltungsverfahrens herausgehoben" (125). Das Verwaltungsgericht könne bei seiner sachlichen Entscheidung - anders als die in die allgemeine

121) So mit Recht Fickert, DVBl. 1964, 173 (182); ders. DÖV 1964, 661 (663).

122) Dietz, BaWuVBl. 1961, 65 (70), hält es sogar für eine Frage des "juristischen Geschmacks", ob man in diesem Falle eine Verpflichtung der beteiligten Behörde zum Erlaß des Mitwirkungsaktes annehmen oder von der Überflüssigkeit des Mitwirkungsaktes ausgehen solle.

123) Urteile vom 28.5.1963 - I C 247, 58 - DVBl. 1963, 815 (818) = BayVBl. 1964, 51 (53) = DÖV 1964, 668 (671) und - I C 99, 59 - BayVBl. 1964, 49 (50);

vgl. auch OVG Hamburg, DVBl. 1960, 643 (645 f.); VGH Bad.-Württ., BaWuVBl. 1961, 121 (122); unklar OVG Koblenz, DVBl. 1964, 538 (539).

124) Obermayer, DVBl. 1956, 674 (676) (jedoch nur, weil er die Mitwirkungs-vorschrift des § 1 Abs. 2 PGAG als Organisationsnorm ansieht; Marschall, aaO. Anm. 3 zu § 9; Angres, DÖV 1958, 75 (76); Reuter, BayVBl. 1959, 247 (248); Peetz, aaO. S. 110 ff.; Heitzer, aaO. S. 106 ff.; Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 299; ders. DÖV 1962, 834 (837); Schätzel, DÖV 1961, 113 (114); Czermak, NJW 1963, 703 (704); Schütz-Frohberg, aaO. Einl.Nr. 6 (S. 15); im Ergebnis ähnlich Heitzer-Oestreicher, aaO. Anm. 2 zu § 31; v. Hausen-v.d. Heide, aaO. Anm. 6 zu § 31, Anm. 2 zu § 32; Empfehlung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 14.4.1962, BBauBl. 1962, 302; Runderlaß des Min. ers für Landesplanung, Wohnungsbau und öffentliche Arbeiten im Lande Nordrhein-Westfalen vom 15.3.1962, BBauBl. 1962, 309.

125) Czermak, NJW 1963, 703 (704).

Verwaltungsorganisation integrierte zuständige Behörde - an Äußerungen anderer Verwaltungsstellen nicht gebunden sein. Für die Entscheidung über einen Anspruch gegen die Hauptbehörde komme es allein auf die "materielle Rechtslage" an¹²⁶⁾. Werde vom Gericht festgestellt, daß alle materiell-rechtlichen Voraussetzungen des objektiven Rechts gegeben seien, so sei damit gleichzeitig erwiesen, daß eine Rechtfertigung für die Versagung der Mitwirkung nicht vorliege. Hieraus ergebe sich die rechtliche Konsequenz, daß die Hauptbehörde zum Erlaß des Hauptaktes verurteilt werden müsse, ohne daß es eines besonderen Ausspruchs gegen die Mitwirkungsbehörde bedürfe, "da das Gericht nur über den gesetzlichen Anspruch, nicht aber über verwaltungs-verfahrensmäßige Mitwirkungsakte zu befinden"¹²⁷⁾ habe. Durch das verwaltungsgerichtliche Verpflichtungsurteil werde die Bindungswirkung einer Versagung der vorgeschriebenen Mitwirkung beseitigt¹²⁸⁾ und die Hauptbehörde erhalte die Legitimation zum Tätigwerden laut Urteil¹²⁹⁾. Der erforderliche Mitwirkungsakt gelte mit der verwaltungsgerichtlichen Entschei-

126) Vgl. BVerwG, DVBl. 1963, 815 (818) = BayVBl. 1964, 51 (53) = DÖV 1964, 668 (671); dass. BayVBl. 1964, 49 (50); ähnlich schon BVerwG, DÖV 1959, 61 (62): "Im übrigen ist das Erfordernis der Zustimmung nicht um seiner selbst willen, sondern im Interesse einer einheitlichen Handhabung des Gesetzes geschaffen worden."

127) BVerwG, DVBl. 1963, 815 (818) = BayVBl. 1964, 51 (53) = DÖV 1964, 668 (671).

Im Widerspruch zu seiner These, daß das Verwaltungsgericht nicht über verwaltungs-verfahrensmäßige Mitwirkungsakte zu entscheiden habe, läßt das Bundesverwaltungsgericht (DVBl. 1963, 818 f.) jedoch die Anfechtungsklage gegen die Versagung der Zustimmung nach § 4 Abs. 2 BVerwG zu, weil von der Rechtmäßigkeit oder der Rechtswidrigkeit der Versagung der Zustimmung die Entscheidung über den baurechtlichen (Hauptakt) abhängt. Diese Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts ist schwer begreiflich, wenn man von dessen Ausgangsbehauptung ausgeht, daß es für das Gericht überhaupt nicht auf die Zustimmung ankomme; denn dann kann logischerweise auch die Versagung der Zustimmung nur als Verwaltungsinternum qualifiziert werden. Auf diese Inkonsistenz weist zutreffend auch Körner, NJW 1964, 120, an. Da das BVerwG eine Anfechtung der Versagung der Zustimmung für möglich hält, läßt es auch die Möglichkeit einer auf Beseitigung der Zustimmung gerichteten Verpflichtungsklage bestehen, denn die Verpflichtungsklagen sind "entgegen Anfechtungsklagen mit umgekehrtem Vorzeichen" (vgl. Menger, VerwArch. Bd. 55 (1964, 175 (177); System, S. 205.

128) So Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 275 (300); Heitzer, aaO. S. 106; Evermann-Fröhler, aaO. Rdnr. 56 zu § 42; BVerwG, BayVBl. 1964, 49.

129) Angres, DÖV 1958, 75 (77).

dung als erteilt ¹³⁰⁾ bzw. werde durch diese ersetzt ¹³¹⁾.

Bei einer kritischen Überprüfung dieser Auffassung stoßen wir auf verschiedene Widersprüche.

Will das Verwaltungsgericht auf Verpflichtungsklage hin die Hauptbehörde zum Erlaß des Hauptaktes verpflichten, so muß es, falls die Hauptbehörde den Hauptakt auf Grund der Versagung der Mitwirkung abgelehnt oder unterlassen hat, nach § 113 Abs. 4 VwGO vorher feststellen, ob die Ablehnung oder Unterlassung des Hauptaktes rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist ¹³²⁾. Die Rechtswidrigkeit des auf Grund der Verweigerung der Mitwirkung abgelehnten Hauptaktes wird jedoch von den Vertretern, die die Ersetzbarkeit des Mitwirkungsaktes durch das Verwaltungsgericht für zulässig erachten, erstaunlicherweise überwiegend verneint. Das ergibt sich daraus, daß der ohne den erforderlichen Mitwirkungsakt erlassene Hauptakt auch von den meisten Anhängern des verwaltungsinternen Charakters der Mitwirkungsakte als fehlerhaft ¹³³⁾ - teilweise sogar als nichtig - angesehen wird. Der Hauptbehörde bleibt also, will sie eine fehlerhafte Entscheidung verhindern, bei Versagung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes auch nach der hier kritisierten Auffassung nur die rechtliche Möglichkeit, den beantragten Hauptakt abzulehnen. Folglich kann die aus diesem Grunde erfolgte Ablehnung oder Unterlassung des Hauptaktes nicht als rechtswidrig angesehen werden. Die die Inzidentkontrolle bzw. Ersetzbarkeit des Mitwirkungsaktes vertretende Ansicht scheint sich des offensichtlichen Widerspruchs, der darin liegt, daß sie dem Verwaltungsgericht die Kompetenz einräumt, die Hauptbehörde zum Erlaß des Hauptaktes zu verpflichten, obwohl die Ablehnung oder Unterlassung des Hauptaktes nicht als rechtswidrig bezeichnet wird, teilweise auch bewußt zu sein. So hat Heinze ¹³⁴⁾ diesen Widerspruch mit der Behauptung auszuräumen versucht, die Versagung des vom Bürger beantragten Hauptaktes könne niemals rechtmäßig sein, wenn sie auf einer rechtswidrigen Verweigerung der vorgeschriebenen Mitwirkung beruhe. Andererseits geht er jedoch ein-

130) So Reiter, BayVBl. 1959, 247 (248).

131) So Angres, DÖV 1958, 75 (77); Heitzer, aaO. S. 106; Schutz-Frohberg, aaO. Anm. 3 zu § 31.

132) Vgl. hierzu auch Kap. 13, II, Anm. 6.

133) Vgl. z.B. Marschall, aaO. Anm. 4 zu § 9; Heitzer, aaO. S. 85 ff.; Peetz, aaO. S. 78 ff.; Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 275 (292 ff.); ders. DÖV 1962, 834 (837 I. Sp.); Heitzer-Oestreicher, aaO. Anm. 1 zu § 31; v. Hausen-v.d. Heide, aaO. Anm. 1 zu § 31; BVerwG, Urt. v. 29.5.1964, DVBl. 1964, 1002 (1003).

134) DÖV 1962, 834 (837); vgl. auch Peetz, aaO. S. 101.

von aus, daß der ohne den vorgeschriebenen Mitwirkungsakt erlassene Hauptakt fehlerhaft oder sogar ungültig sei. Heinze vertritt somit die Auffassung, daß ein fehlerfreier Hauptakt nur dann möglich sei, wenn sowohl sein Inhalt den Rechten des Einzelnen entspreche als auch die Übereinstimmung des Hauptaktes mit dem vorgeschriebenen Mitwirkungsakt gegeben sei. Beide Voraussetzungen würden durch Rechtsvorschriften angeordnet, von denen keine der anderen im Range vorgehe; vielmehr werde jede Anordnung von dem Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) getragen.

Die Bruchigkeit einer solchen Argumentation zeigt sich darin, daß nach dieser Auffassung die Hauptbehörde in den Fällen, in denen ein bestimmter Hauptakt zwar den Rechten des Einzelnen entspricht, die Mitwirkungsbehörde jedoch die vorgeschriebene Mitwirkung versagt hat, einerseits den begehrten Hauptakt nicht rechtmäßig erlassen könnte, während andererseits kurioserweise aber auch die Versagung des Hauptaktes als rechtswidrig angesehen werden müßte - ein schwer nachvollziehbarer Gedanke. Hier wäre nämlich die Hauptbehörde überhaupt nicht mehr in der Lage, rechtmäßig zu entscheiden; sie wäre vielmehr gezwungen, einen rechtswidrigen VA zu setzen; ein normativer Zwang zum Erlaß eines rechtswidrigen VAes wäre jedoch ein verwaltungsrechtliches Unikum¹³⁵⁾. Heinze erkennt, daß der durch Mitwirkungsvorbehalt vorgeschriebene Mitwirkungsakt eine normative Voraussetzung des beantragten Hauptaktes ist. Liegt diese Voraussetzung nicht vor, so hat die Hauptbehörde den begehrten VA abzulehnen. Da die Ablehnung in diesem Falle der Norm entspricht, kann sie niemals rechtswidrig sein, denn, soweit trägt sie lediglich der Mitwirkungsvorschrift Rechnung¹³⁶⁾.

Unabhängig von dem Argument der fehlenden Rechtswidrigkeit eines auf Grund der verweigerten Mitwirkung abgelehnten Hauptaktes führt auch ein anderer Gesichtspunkt zur Widerlegung der These von der Inzidentkontrolle bzw. Erhebbarkeit des Mitwirkungsaktes durch das Verwaltungsgericht im Prozeß gegen die Hauptbehörde. Selbst wenn einmal davon ausgegangen wird, daß die Ablehnung des auf Grund fehlender Mitwirkung abgelehnten Hauptaktes möglich ist, wäre damit das eigentliche Ziel des Antragstellers - die Verpflichtung der Hauptbehörde

135) Erstaunlich ist es demgegenüber, wenn Heinze, DÖV 1962, 834 (837 f. Sp.), ohne nähere Begründung die Auffassung vertritt, es bewirke "nichts Ungewöhnliches, wenn das Gesetz den Erlaß rechtswidriger oder das Unterlassen rechtmäßiger VAe sogar in Kauf nimmt, um den hierarchischen Verwaltungsapparat funktionsfähig zu machen".

136) Vgl. hierzu Friauf, DÖV 1961, 666 (673); Menger, VerwArch, Bd. 53 (1962) 74 (77); ders. VerwArch, Bd. 55 (1964), 175 (179 Anm. 28); Bulling, aaO. S. 126; Idel, NJW 1954, 1948 (1949).

zum Erlaß des begehrten Hauptaktes - noch nicht erreicht. Ein Verpflichtungs-
urteil gegen die Hauptbehörde bzw. deren Rechtsträger kann nur dann ergehen,
wenn der vorgeschriebene Mitwirkungsakt vorliegt. Die Auffassung, die eine
Ersetzbarkeit des Mitwirkungsaktes durch das Verwaltungsgericht für möglich hält,
läßt außer acht, daß ein im Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsprozeß ergehendes
Urteil gem. § 113 Abs. 1 und 4 VwGO nur kassatorische und verpflichtende, nicht
aber konstitutivgestaltende Wirkungen zu erzeugen vermag¹³⁷⁾. Das Verwal-
tungsgericht kann demnach eine Behörde lediglich verpflichten, eine bestimmte
Entscheidung zu treffen; es kann diese Entscheidung aber nicht ersetzen. An-
dernfalls würde es sich eine Verwaltungstätigkeit, die den Verwaltungsbehörden
zusteht, anmaßen¹³⁸⁾. Da das Verwaltungsgericht im Prozeß gegen die Haupt-
behörde einerseits weder, wie oben ausgeführt, die Mitwirkungsbehörde zum
Erlaß des Mitwirkungsaktes verpflichten noch den Mitwirkungsakt ersetzen kann,
andererseits jedoch an die Mitwirkungs Vorschrift¹³⁹⁾ gebunden ist, steht ihm
bei Versagung der Mitwirkung nicht die Befugnis zu, die Hauptbehörde zum
Erlaß des begehrten Hauptaktes zu verpflichten. Ein trotzdem ergangenes Ver-
pflichtungsurteil würde sich über den Verfassungsgrundsatz des Art. 20 Abs. 3 GG
hinwegsetzen und von der Hauptbehörde etwas Ungesetzliches fordern; denn
durch den Mitwirkungs Vorbehalt wird der Hauptbehörde ausdrücklich untersagt,
den Hauptakt zu erlassen, sofern die Mitwirkungsbehörde ihren Mitwirkungsakt
verweigert hat. Ebenso wenig wie das Verwaltungsgericht den Mitwirkungsakt
ersetzen kann, ist es befugt, der Hauptbehörde Befreiung von der Mitwirkungs-
vorschrift zu gewähren. Die Hauptbehörde kann nicht zu einer ihr rechtlich
unmöglichen Leistung verurteilt werden^{140) 141)}.

137) So mit Recht Frauf, DÖV 1961, 666 (674); vgl. auch Stich, DVBl. 1963, 193 (198); Fickert, DVBl. 1964, 173 (182); ders. DÖV 1964, 661 (662); Bulling, aaO. S. 120; vgl. auch Menger, VerwArch. Bd. 55 (1964), 179.

138) So auch Fickert, DVBl. 1964, 173 (182).

139) Inwieweit sich Abweichungen ergeben, wenn der Mitwirkungs Vorbehalt als bloße Verwaltungsvorschrift anzusehen ist, wird an anderer Stelle noch zu erörtern sein.

140) Darauf hat zureichend das OVG Rheinland-Pfalz, DÖV 1961, 117 (118), hingewiesen; vgl. auch Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (726); Bulling, aaO. S. 120 f.; Stich, DVBl. 1963, 193 (198); Fickert, DÖV 1964, 661 (663); Menger, VerwArch. Bd. 55 (1964), 175 (179); VG Stuttgart, BBauBl. 1957, 125.

141) Wenn man, wie DÖV 1962, 80 (81), annimmt, das Verwaltungsgericht könne an die Versagung der Mitwirkung nicht gebunden sein, da dies mit der Garantie richterlicher Überprüfung der Staatsakte gem. Art. 19 Abs. 4 GG nicht vereinbar sei, so handelt es sich um ein Scheinargument; es

An diesem Ergebnis läßt sich auch dadurch nichts ändern, daß man die Mitwirkungsbehörde in dem gegen die Hauptbehörde gerichteten Prozeß beilädt (§ 65 VwGO). Abgesehen davon, daß erhebliche Zweifel bestehen, ob in jedem der verschiedenen Mitwirkungsfälle ein rechtliches Interesse der Mitwirkungsbehörde berührt wird ¹⁴²⁾, hilft die Beiladung - nimmt man einmal hypothetisch ihre

Fortsetzung der Fußnote 141 von Seite 74

ist nicht zweifelhaft, daß die Mitwirkungsakte der richterlichen Nachprüfung unterliegen und das Verwaltungsgericht in der Lage sein muß, die Wirkung einer rechtswidrigen Veranlagung des Mitwirkungsaktes zu beseitigen bzw. bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen den Erlaß des erforderlichen Mitwirkungsaktes herbeizuführen. Fraglich ist jedoch, ob dies im Rahmen des Prozesses gegen die Hauptbehörde geschehen kann oder ob ein besonderer Prozeß gegen die Mitwirkungsbehörde erforderlich ist. Ebenso geht das Argument Heitzers, aaO. S. 107, das Gericht müsse zur Nachprüfung aller Voraussetzungen des beantragten Hauptaktes befugt und verpflichtet sein, am Kern der Sache vorbei; es wird nicht bestritten, daß das Gericht die Voraussetzungen des Mitwirkungsaktes prüfen darf, jedoch kann es eine Verpflichtung zum Erlaß dieses Aktes nur im Prozeß gegen die Mitwirkungsbehörde aussprechen.

Ein offensichtlicher Fehlschluß liegt auch darin, daß Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 299, eine Nachprüfung des Mitwirkungsaktes im Prozeß gegen die Hauptbehörde "ohne Rücksicht auf die Recatsnatur des Mitwirkungsaktes" für zulässig und geboten erachtet. Hat der Mitwirkungsakt VA-Qualität, dann kann er nur im Prozeß gegen die Mitwirkungsbehörde angefochten werden (trotzdem erweise besteht dann eine Strengenossenschaft zwischen Haupt- und Mitwirkungsbehörde).

- 142) Oft soll durch den Mitwirkungsvorbehalt nicht eine Rechtsstellung der Mitwirkungsbehörde gewährleistet werden, sondern es soll sichergestellt werden, daß bestimmte Anforderungen, etwa des modernen Verkehrs, der öffentlichen Gesundheit oder der öffentlichen Sicherheit, im Interesse der Allgemeinheit gewahrt bleiben. Ist letzteres aber das Motiv für die Einführung des Mitwirkungsvorbehalts, dann waltet der Mitwirkungsbehörde keine eigene Rechtsstellung, sondern die Interessen und Belange anderer. Sehr treffend sagt Böhm, DÖV 1958, 74, für den Fall des Anbaus an Bundesfernstraßen gem. § 9 Abs. 2 BFStrG: "Die Behörde entscheidet über Interessen, die sie selbst hat aber keine solchen, über die entschieden werden soll." Aus diesem Grunde wird die Beiladung der Mitwirkungsbehörde zum Teil sogar von Verfechtern der Inzidentkontrolle bzw. Ersetzbarkeit des Mitwirkungsaktes abgelehnt; vgl. z.B. Heitzer, aaO. S. 105 ff.; BVerwG, DÖV 1959, 61 (62) = BayVBl. 1959, 88 (89) = NJW 1959, 590; vgl. auch Oberger, DVBl. 1958, 140 (141), im Falle einer Qualifizierung des Mitwirkungsvorbehalts als Organisationsnorm

Zulässigkeit an ¹⁴³⁾ - schon deshalb nicht weiter, weil ein Urteil, das die ablehnende Entscheidung der Hauptbehörde mit der Begründung aufhobe, die Mitwirkungsbehörde habe ihre Mitwirkung rechtswidrig verweigert, keine Rechtskraft (§ 121 VwGO) des Inhalts wirken konnte, daß der Mitwirkungsakt als ersetzt gälte ¹⁴⁴⁾. Die Ersetzung des Aktes einer Behörde durch das Verwaltungsgericht ist selbst dann unzulässig, wenn diese Behörde als "Partei" verklagt ist; erst recht besteht keine Ersetzungsmöglichkeit, wenn die Behörde nur beige- laden ist ¹⁴⁵⁾. Da das Verwaltungsgericht eine Behörde nur zur Vornahme einer Amtshandlung "verpflichten" kann, eine Inzidentverpflichtung der beige- laden Mitwirkungsbehörde im Prozeß gegen die Hauptbehörde aber - wie bereits ausgeführt - nicht zulässig ist ¹⁴⁶⁾, bleibt als einzige Konsequenz, will man die durch eine Norm zwingend vorgeschriebene Mitwirkung erreichen, nur die Verpflichtung der Mitwirkungsbehörde durch einen gegen sie gerichteten Urteils- spruch auf Grund eines gegen sie geführten Prozesses ¹⁴⁷⁾. Damit ist auch der Versuch, den unselbständigen und verwaltungsinternen Charakter des Mitwirkungs- aktes mit dem prozessualen Argument der Inzidentkontrolle bzw. Ersetzbarkeit durch das Verwaltungsgericht zu begründen, als gescheitert anzusehen.

143) In der Befähigung eines Falles der Beiladung liegt die Annahme der Unselb- ständigkeit des Mitwirkungsaktes begründet; denn soweit ein VA Gegen- stand der gerichtlichen Nachprüfung ist, ist allein die Streitgenossenschaft die richtige Beteiligungsform.

144) Vgl. Erschmann-Weingart, DÖV 1962, 721, 729; Stroh, DVBl. 1963, 193 (198).

145) Darum ist die von den Vertretern des verwaltungsinternen Charakters der Mitwirkungsakte mit viel Scharfsinn und Mühehaltung behandelte Frage, ob eine notwendige oder einfache Beiladung gegeben sei (vgl. z.B. Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 275 (302 ff.); Peetz, aaO. S. 106 ff.; OVG Hamburg, DVBl. 1960, 643 (645); vgl. auch Friauf, DÖV 1961, 666 (674)), bedeutungslos.

146) Das Inzidentprüfungsrecht des Verwaltungsrichters kann nicht weiter gehen (1. das der Hauptbehörde selbst; vgl. Friauf, DÖV 1961, 666, 673), (2. d. d. NJW 1954, 1948 (1949)).

147) Auch die Einschaltung der Aufsichtsbehörde der Mitwirkungsbehörde führt den Staatsbürger nicht immer zum gewünschten Ziel, da sich auch die Aufsichtsbehörde der Meinung der dissentierenden Mitwirkungsbehörde an- schließen kann; eine solche Problemlösung durch die Aufsichtsbeschwerde stünde wohl auch im Widerspruch zu Art. 19 Abs. 4 GG; dem durch diese Bestimmung garantierte Rechtsschutz wird nur die Möglichkeit gerecht, ein unabhängiges Verwaltungsgericht anrufen zu können.

5. KAPITEL: KRITISCHE UNTERSUCHUNG DER ZUR BEGRÜNDUNG DER VA-QUALITÄT DER MITWIRKUNGSAKTE VORGETRAGENEN GESICHTSPUNKTE

I. DER GESICHTSPUNKT DER "ZUSTÄNDIGKEIT" UND "VERANTWORTLICHKEIT"

Nachdem das Ergebnis unserer bisherigen Ausführungen dargetan hat, daß die in Literatur und Judikatur zur Bejahung des verwaltungsinternen Charakters der Mitwirkungsakte vorgebrachten Argumente einer kritischen Überprüfung nicht standhalten, wollen wir uns nunmehr den zur Begründung der VA-Natur der Mitwirkungsakte vorgebrachten Gesichtspunkten zuwenden und sie auf ihre Beweiskraft untersuchen.

Gelegentlich wird die VA-Eigenschaft des Mitwirkungsaktes aus der "Zuständigkeit" der beteiligten Behörde zur Prüfung bestimmter Vorfragen des Hauptaktes abgeleitet ¹⁾.

Analysiert man den Begriff der Zuständigkeit, so lassen sich zwei verschiedene Bedeutungen ausmachen. Er kann einmal die Befugnis der Mitwirkungsbehörde beinhalten, sich mit bestimmten Sachgebieten verwaltend, sei es auch nur verwaltungsintern, zu befassen. Zum anderen kann man unter Zuständigkeit aber auch die Rechtsmacht verstehen, mit verbindlicher Wirkung nach außen hin zu verfügen ²⁾.

Legt man dem Zuständigkeitsbegriff die erste und weitere Bedeutung zugrunde, so kann er kein taugliches Kriterium zur Bestimmung der Rechtsnatur des Mitwir-

-
- 1) Vgl. beispielsweise OVG Koblenz, AS 3, 105 (108); OVG Hamburg, DÖV 1959, 546 (548); Mang, BayVBl. 1959, 82; Nedden, DÖV 1959, 525 (528); Friauf, DÖV 1961, 666 (673 f.): "Wenn hier der Gesetzgeber die Wahrnehmung einzelner Interessen aus dem Zuständigkeitsbereich der Genehmigungsbehörde ausgeklammert hat, dann muß diese Entscheidung auch für den Fall des Anfechtungsprozesses aufrechterhalten bleiben."; Frischmann-Wengert, DÖV 1962, 721 (732); Jung, NJW 1962, 617 (620); Bulling, aaO. S. 66. Auch BVerwG, NJW 1959, 590, argumentiert mit dem Begriff der Zuständigkeit, obwohl es im Ergebnis zur Bejahung des behördeninternen Charakters des Mitwirkungsaktes kommt; ähnlich OVG Lüneburg, DVBl. 1964, 347 (348).
- 2) Vgl. Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 275 (279).

kungsaktes abgeben; denn in diesem Falle bleibt die Frage, ob es sich um ein Verwaltungsinternum oder einen VA handelt, offen, weil die Zuständigkeit hier gerade als die Befugnis zu einer Maßnahme definiert wird, die zwar rechtliche Außenwirkung haben kann, aber nicht unbedingt haben muß ³⁾ 4).

Auch in dem engeren Sinne einer Befugnis zur Verfügung mit unmittelbarer rechtlicher Außenwirkung trägt der Zuständigkeitsbegriff nicht zur Aufhellung unseres Problems bei. Bei Zugrundelegung einer solchen engen Bedeutung setzt nämlich der Zuständigkeitsbegriff selbst die unmittelbare Außenwirkung der Mitwirkungsmaßnahme voraus, deren VA-Qualität doch gerade bewiesen werden soll. Die Frage der Zuständigkeit ist mit der Frage der VA-Natur des Mitwirkungsaktes insoweit also identisch. Der Versuch, die VA-Qualität des Mitwirkungsaktes mit der Zuständigkeit der beteiligten Behörde zum Erlaß dieser Maßnahme zu erklären, liefert geradezu das Lehrbeispiel einer zirkelschlüssigen Untersuchungsmethodik. Ist die Mitwirkungsbehörde im definierten engeren Sinne zum Erlaß des Mitwirkungsaktes "zuständig", dann weist der Mitwirkungsakt, so wird gefolgert, VA-Qualität auf; ob die Mitwirkungsbehörde aber im engeren oder nur im weiteren Sinn "zuständig" ist, hängt wiederum - und hier zeigt sich der *circulus vitiosus* - davon ab, ob ihre Maßnahme unmittelbare Rechtswirkung in der Außenwelt zeitigen kann oder nicht. Die VA-Eigenschaft läßt sich also nicht durch die davon abhängige Zuständigkeit im engeren Sinne beweisen.

Aus in gleicher Weise logisch zirkulär erweist sich auch der Versuch, die VA-Natur des Mitwirkungsaktes mit der Verantwortlichkeit der Mitwirkungsbehörde für ihre Entscheidung zu begründen ⁵⁾. Die Beweisführung mit dem - teilweise wohl synonym bzw. tautologisch zum Zuständigkeitsbegriff gebrauchten - Argument der Verantwortlichkeit, das von der Gegenmeinung schon zur Begründung des diametral entgegengesetzten, den verwaltungsinternen Charakter der Mitwirkungsakte behandelnden Ergebnisses verwendet wurde ⁶⁾, erweist sich als Pseu-

3) So richtig Heinze, *VerwArch.* Bd. 52 (1961), 275 (279).

4) Es scheint offensichtlich, daß die durch Mitwirkungsvorbehalt berechnigte Behörde zum Erlaß des Mitwirkungsaktes zumindest im weiteren Sinne "zuständig" ist; durch die Zuständigkeit im weiteren Sinne ist jedoch noch nicht die VA-Qualität des Mitwirkungsaktes bewiesen.

Vgl. insbesondere OVG Münster, DÖV 1962, 554 (553); OVG Hamburg, DÖV 1959, 546 (548); Dahs, NJW 1954, 526; Friauf, DÖV 1961, 666 (673).

6) Es darf hier auf die eingehenden Erörterungen unter: 4. Kapitel, VII, 1, insbes. Anm. 91 auf Seite 61 verwiesen werden.

dorechtfertigung, da die Mitwirkungsbehörde nur dann "nach außen" ⁷⁾ für ihre Maßnahme verantwortlich sein kann und diese prozessual vertreten muß, wenn dieser Maßnahme originäre Rechtswirkung in der Außenwelt zukommt ⁸⁾, was aber gerade die Frage ist. Wegen der hier klaffenden Beweislücke ist also auch der Gesichtspunkt der Verantwortlichkeit - abgesehen von den Bedenken, die bereits oben gegen die Einführung psychologischer Begriffe in das Verwaltungsrecht geäußert wurden ⁹⁾ - nicht geeignet, die Behauptung vom VA-Charakter der Mitwirkungsakte zu stützen.

II. BEGRÜNDUNGSVERSUCH AUS DEM GESICHTSPUNKT DER "DUAE CONFORMES"

Vereinzelte wird die normativ vorgeschriebene Mitwirkung einer beteiligten Behörde beim Erlaß eines VAes durch die Hauptbehörde als Fall der sog. "duae conformes" aufgefaßt ¹⁰⁾.

Unter Hinweis auf das in § 5 Abs. 2 des Gesetzes über die Finanzverwaltung (FVG) vom 6.9.1950 ¹¹⁾ verwirklichte Prinzip der "duae conformes", wonach

- 7) Faßte man die Verantwortlichkeit hingegen lediglich im Sinne einer Verursachung des Mitwirkungsaktes durch den Akt-Autor (=Mitwirkungsbehörde) auf, dann wäre dieser Begriff für unsere Problematik völlig unergiebig; denn daß der Mitwirkungsakt auf die beteiligte Behörde zurückzuführen ist, erscheint als selbstverständlich; damit ist aber die Frage nach der Rechtsnatur nicht beantwortet.
- 8) Die Richtigkeit dieser Auffassung zeigt sich besonders bei der internen Weisung; dort wirkt die eine Weisung erlassende Behörde auch maßgeblich auf die Entscheidung der den VA erlassenden Behörde ein und ist damit "psychologisch gesehen" verantwortlich, ohne jedoch die Weisung prozessual vertreten zu müssen, also nach außen verantwortlich zu sein.
- 9) Vgl. die Ausführungen unter: 4. Kapitel, VII, 1, S. 88 ff.
- 10) Vgl. OVG Münster, NJW 1954, 526 (528); Cappers, NJW 1949, 366 (364 f.); Sellmann, BB 1954, 806; Dahn, NJW 1954, 526; Idel, NJW 1954, 1948 (1949); Ule, ZBR 1958, 209 (210); Kienapfel, DÖV 1963, 96 (100).
- 11) BGBl. I S. 448. Die Bestimmung hat folgenden Wortlaut:
"Der Oberfinanzpräsident wird auf Vorschlag der Bundesminister der Finanzen und der für die Finanzverwaltung zuständigen Obersten Landesbehörde durch den Bundespräsidenten und die zuständigen Stellen des Landes einseitigen Einvernehmen ernannt und entlassen."
Vgl. auch § 3 Abs. 5 S. 3 der Verordnung über Baubeschränkungen zur Sicherung der Gewinnung von Bodenschätzen vom 28.2.1939 (RGBl. I S. 381).

die Ernennung und Entlassung des Oberfinanzpräsidenten nur durch gemeinsame übereinstimmende Entscheidung des Bundespräsidenten und der zuständigen Stelle des Landes, also durch die Organe zweier öffentlich-rechtlicher Körperschaften zustande kommen kann, wird ausgeführt, daß auch in den Fällen, in denen die Hauptbehörde ihren Hauptakt nicht ohne die Mitwirkung einer anderen Behörde erlassen könne, der Grundsatz der *duae conformes* befolgt worden sei ¹²⁾.

Auch hier sei das positive Zusammenwirken und die Übereinstimmung zweier Behörden (gegebenenfalls zweier verschiedener Rechtspersonen des öffentlichen Rechts) erforderlich, um einen rechtlichen Erfolg herbeiführen zu können. Demnach müsse bei einer Ablehnung durch beide Stellen auch von zwei Willenserklärungen und somit von zwei VAen ausgegangen werden ¹³⁾.

Bei einer Gleichsetzung des in § 5 Abs. 2 FVG geregelten Vorgangs mit den Mitwirkungsvorbehalten, die zum Erlaß eines Hauptaktes das Vorliegen eines Mitwirkungsaktes vorschreiben, wird ein grundlegender Unterschied verkannt. Im ersteren Falle sind die zusammenwirkenden Stellen beide in gleichem Maße nach außen hin tätig und zum Erlaß des Hauptaktes berufen. In den letzteren Fällen ist allein die Hauptbehörde zum Erlaß des Hauptaktes zuständig, während die Mitwirkungsbehörde einen vom Hauptakt unabhängigen Mitwirkungsakt setzt ¹⁴⁾. Bei der Ernennung des Oberfinanzpräsidenten nach § 5 Abs. 2 FVG handelt es sich um einen VA, den zwei Behörden zugleich erlassen, der Bundespräsident und die zuständige Landesbehörde. Der Oberfinanzpräsident erhält die Ernennungsurkunde mit den beiden Unterschriften. Er wird also weder vom Bundespräsidenten unter Zustimmung der Landesbehörde noch von der Landesbehörde unter Zustimmung des Bundespräsidenten ernannt. Es widerspräche der Stellung des Oberfinanzpräsidenten als Beamten sowohl des Bundes als auch des Landes, wenn nur der Bund oder nur das Land das Recht zur Ernennung hätte, unabhängig davon, ob der anderen Behörde ein Mitspracherecht eingeräumt und in welcher Form dieses vorgesehen wäre. Beide, Bund und Land, müssen vielmehr echt zusammenwirken und sind gemeinsam für den Akt der Ernennung bzw. Entlassung zuständig. Sie müssen also nach außen hin gemeinsam oder nacheinander in gegenseitiger Ergänzung ihrer für sich unvollständigen Zuständigkeit tätig werden, um einen gemeinsamen Akt zu schaffen. Demgegenüber handelt es sich beispielsweise bei der Baugenehmigung, zu der nach § 9 Abs. 2 BStzG die Zustimmung der obersten Landesstraßenbaubehörde erforderlich ist, allein um einen VA der Bauleitungsbehörde. Die Oberste Landesstraßenbaubehörde ist hingegen nicht

12) Vgl. OVG Münster, NJW 1954, 526 (528).

13) So OVG Münster, NJW 1954, 526 (528).

14) Auf diesen massgeblichen Unterschied weisen bereits Heins, NJW 1955, 1530, Heitzer, aaO. S. 59 und Peetz, aaO. S. 62 f. hin.

für die Baugenehmigung, sondern lediglich für den Mitwirkungsakt zuständig.

An diesen Beispielen zeigt sich deutlich die Verschiedenartigkeit der beiden Fallgruppen. Es ist deshalb kein zulässiger Sprachgebrauch, sondern ein Sprachmißbrauch und leistet nur Irrtümern Vorschub, wenn man eine einheitliche Nomenklatur für zwei heterogene Erscheinungen verwendet. Es dient deshalb wesentlich der Klarheit, den Begriff der "duae conformes" ausschließlich auf die erste Fallgruppe (z.B. § 5 Abs. 2 FVG) zu beschränken¹⁵⁾.

Aus diesem Grunde geht es auch nicht an, die VA-Natur des zum Erlaß des Hauptaktes erforderlichen Mitwirkungsaktes (zweite Fallgruppe) mit dem Prinzip der "duae conformes" zu erklären, wie das vom Oberverwaltungsgericht Münster¹⁶⁾ versucht wird. Das Verfahren, wonach aus dem Begriff der "duae conformes" die VA-Qualität des Mitwirkungsaktes deduziert werden soll, ist nach unseren bisherigen Untersuchungen schon deshalb zum Scheitern bestimmt, weil es auf einer unzulässigen Gleichsetzung der beiden obigen Fallgruppen beruht. Abgesehen aber von der höchst anfechtbaren Berufung auf den hier nicht zutreffenden Grundsatz der "duae conformes" ließe sich aus diesem Begriff - wollte man ihn trotzdem zum Ausgangspunkt nehmen - nicht einmal ohne weiteres auf die VA-Qualität des Mitwirkungsaktes schließen. In den Fällen einer echten "duae conformes" wird nämlich von beiden zusammenwirkenden Behörden nur ein einziger VA gesetzt, während ein vom Hauptakt rechtlich selbständiger Mitwirkungsakt, der VA-Charakter aufweist, gerade fehlt. Zwar bilden und äußern die zusammenwirkenden Behörden unabhängig voneinander ihren eigenen Willen. Der Willenserklärung einer Behörde allein kommt jedoch keine selbständige rechtliche Relevanz in der Außenwelt zu. Ein nach außen rechtswirksamer Akt kommt erst dann zustande, wenn sich beide Willensäußerungen gegenseitig ergänzen¹⁷⁾. Daraus folgt aber, daß sich aus dem Prinzip der duae conformes unter keinen

15) Auch Heitzer, aaO. S. 59 und Peetz, aaO. S. 62 f. sprechen sich für eine derartige Einschränkung aus.

16) NJW 1954, 526 (528 r. Sp.).

17) Gegen die von Peetz, aaO. S. 64, vertretene gegenteilige Ansicht, wonach die Willenserklärung der jeweiligen Behörde (bzw. der hinter ihr stehenden Körperschaft) einen VA darstellt, sprechen sowohl Wortlaut als auch Sinn des Gesetzes (vgl. § 5 Abs. 2 FVG). Die Akte der zusammenwirkenden Behörden sind zwar essentielle Bestandteile des gemeinsamen VAes, sie haben jedoch nicht selbst VA-Eigenschaft.

Auch Heitzer, aaO. S. 59, wendet sich mit Recht gegen die Auffassung, daß in den echten Fällen einer duae conformes zwei VAe gleichzeitig erforderlich und gegeben seien. Unklar Bulling, aaO. S. 8.

Aspekten irgendeine Anhaltspunkte für die Begründung der VA-Natur der Mitwirkungsakte ergeben.

III. DIE BEGRÜNDUNG DER VA-QUALITÄT AUS DER "BINDUNGSWIRKUNG" DES MITWIRKUNGSAKTES

Der weitaus größte Teil der die VA-Eigenschaft der Mitwirkungsakte bejahenden Auffassungen versucht die VA-Natur mit dem Argument der Bindungswirkung der Mitwirkungsakte zu begründen¹⁸⁾. Dem liegt die Erwägung zugrunde, daß die Endentscheidung (Hauptakt, durch den Akt der beteiligten Behörde bereits "prajudiziert" werde. Wenn die Mitwirkungsbehörde den erforderlichen Mitwirkungsakt versagt habe, dann stehe, noch bevor die Hauptbehörde abschließend tätig geworden sei, bereits bindend fest, daß der betreffende positive Hauptakt nicht erlassen werden könne¹⁹⁾. Die ablehnende Entscheidung der Hauptbehörde habe, auch wenn sie nötig sei, um das Verfahren zu beenden, demgegenüber nur noch formale Bedeutung²⁰⁾. Der Hauptbehörde seien - auch mit Außenwirkung - "die Hände gebunden"²¹⁾, so daß durch die Versagung der Mitwirkung im Ergebnis die Ablehnung des Hauptaktes vorweggenommen werde. Damit kommt der ablehnenden (negativen) Entscheidung der Mitwirkungsbehörde über eine formale heilende Abwehrung gegenüber dem Staatsbürger zu, da sie als "Regelung" eines Einzelfalles in seine Rechtssphäre eingreife.

Die gleiche formalistische Begründung würde jedoch auch den positiven Mitwirkungsakt begründen können. Aus dem Aspekt der Bindung der Hauptbehörde an die Entscheidung der beteiligten Behörde wird argumentiert, daß durch die Erstellung des zumeist

18) Vgl. Ute, LRR 1958, 294; ders., Verwaltungserfordernisse § 41 V 1 g; Thuncke, DVBl. 1950, 521; Dahs, NJW 1954, 526; Idel, NJW 1954, 1948 (1949); Sellmann, BB 1954, 806 (807); Obermayer, VA, S. 132 f.; Böhm, DÖV 1958, 72 (74); Friauf, DÖV 1961, 666 (672); Schuegraf, DVBl. 1961, 654 (656); Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (724); Jung, NJW 1962, 617 (620); Stich, DVBl. 1963, 197 (198); OVG Berlin, DVBl. 1954, 743 (744); OVG Münster, NJW 1954, 526 (527).

19) Sellmann, BB 1954, 807; Friauf, DÖV 1961, 666 (672).

20) Vgl. Friauf, DÖV 1961, 666 (672).

21) So OVG Münster, NJW 1954, 526 (527).

22) Vgl. insbesondere Friauf, DÖV 1961, 666 (672) (allerdings nur, wenn er "im Verfahren als verbindlichen Mitwirkungsbescheid angeordnet wird", Stich, DVBl. 1963, 193 (195); OVG Hamburg, DÖV 1959, 546 (548) = MDR 1959, 522 (523); OVG Rheinland-Pfalz, DÖV 1961, 117 (118); Eiser-Riederer, aaO. S. 111).

Erlaß des Hauptaktes vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes bereits entschieden werde, daß der Hauptakt nicht mehr aus Gründen versagt werden könne, die dem Zuständigkeitsbereich der Mitwirkungsbehörde angehören²³⁾.

Die Bejahung einer positiven Bindungswirkung des Mitwirkungsaktes ist auf den ersten Blick erstaunlich, da die Mitwirkungsnorm die Mitwirkung in der Regel lediglich für den "Erlaß" des positiven Hauptaktes vorsieht, nicht jedoch für dessen "Versagung", so daß es bei einer Versagung des positiven Hauptaktes nicht auf die Mitwirkung ankommt und insoweit folglich auch eine Bindungswirkung des Mitwirkungsaktes zu verneinen ist. Die von den Verfechtern der positiven Bindungswirkung entwickelten Gedankengänge werden jedoch verständlicher, wenn man die weitere These berücksichtigt, wonach der (materiell-rechtliche)²⁴⁾ Mitwirkungsvorbehalt den Zweck habe, der Mitwirkungsbehörde eine ausschließliche Zuständigkeit für die Wahrung bestimmter Interessen zuzuweisen²⁵⁾. Durch den Mitwirkungsvorbehalt solle die Beurteilung bestimmter Belange²⁶⁾ der Zuständigkeit der Hauptbehörde entzogen und der Mitwirkungsbehörde zur Entscheidung mit bindender Wirkung für die Hauptbehörde übertragen werden. Logisch konsequent wird dann aus dieser Prämisse der Schluß gezogen, daß die Hauptbehörde bezüglich der der Mitwirkungsbehörde zur alleinigen Beurteilung übertragenen Gesichtspunkte nicht gegen den Willen der Mitwirkungsbehörde entscheiden dürfe und insoweit absolut, d.h. auch an die positive Entschließung der beteiligten Behörde gebunden sei²⁷⁾.

23) Diese Auffassung wird auch von Groebe, DVBl. 1959, 757 (761), vertreten, obwohl er im Ergebnis die VA-Natur der Mitwirkungsakte verneint.

24) Zu dieser Bezeichnung vgl. Friauf, DÖV 1961, 666 (672). Auf die Frage, ob auch Mitwirkungsvorbehalte möglich sind, die keine materiell-rechtliche Bedeutung haben, wird noch einzugehen sein.

25) Vgl. OVG Hamburg, DÖV 1959, 546 (548) = MDR 1959, 522 (523); OVG Rheinland-Pfalz, DÖV 1961, 117 (118); Nedden, DÖV 1959, 525 (528); Friauf, DÖV 1961, 666 (672); Stich, DVBl. 1963, 193 (195); vgl. auch BVerwG DÖV 1959, 61 (62), das diese Möglichkeit in einem obiter dictum offenläßt.

26) Z.B. die verkehrsmäßigen Belange im Falle der Zustimmung der Obersten Landesstraßenbaubehörde zur Baugenehmigung nach § 9 Abs. 2 BFStrG oder die städtebaulichen Fragen im Falle des Einvernehmens der Gemeinde zur Baugenehmigung nach §§ 14 Abs. 2 S. 2, 19 Abs. 4 S. 1 u. 2, 31 Abs. 2 S. 1, 36 Abs. 1 BBauG.

27) Vertreter der "absoluten" Bindungswirkung sind insbesondere Friauf, DÖV 1961, 666 (672) bezüglich der materiell-rechtlichen Mitwirkungsvorbehalte; Stich, DVBl. 1963, 193 (195), der die absolute Bindungswirkung bezüglich des Einvernehmens der Gemeinde nach dem Bundesbaugesetz

Die Begründung der VA-Natur der Mitwirkungsakte aus deren Bindungs- bzw. Präjudizialwirkung begegnet erheblichen Bedenken. Irrig ist es zunächst, dem positiven Mitwirkungsakt eine Bindungswirkung dergestalt beizulegen, daß die Hauptbehörde nicht mehr ²⁸⁾ in der Lage ist, den Hauptakt zu versagen, sondern gezwungen wird, ihn zu erlassen. Eine solche Ansicht hat Wortlaut und Sinn des Mitwirkungsvorbehalts gegen sich. Wenn eine Mitwirkungsvorschrift vorschreibt - und das ist der Regelfall ²⁹⁾ -, daß ein bestimmter - positiver - Hauptakt (z.B. eine Baugenehmigung) nur erlassen werden darf, wenn ein zustimmender Mitwirkungsakt ³⁰⁾ der beteiligten Behörde vorliegt, so besagt diese Vorschrift logischerweise nicht, daß ein zustimmender Akt der Mitwirkungsbehörde auch zur "Versagung" des positiven Hauptaktes erforderlich ist ³¹⁾. Die "Versagung" des positiven Hauptaktes ist vielmehr auch dann zulässig, wenn die Mitwirkungsbehörde der gegenteiligen Auffassung - nämlich einer positiven Entscheidung der Hauptbehörde - zuneigen sollte. Kommt demnach bereits die Hauptbehörde von sich aus nach Prüfung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale zu einer negati-

Fortsetzung der Fußnote 27) von Seite 83

(§§ 14 Abs. 2 S. 2, 19 Abs. 4 S. 1 u. 2, 31 Abs. 2 S. 1, 36 Abs. 1) aus der verfassungsrechtlich garantieren (Art. 28 Abs. 2 GG, Planungshoheit der Gemeinde herleitet; Schuegraf, DVBl. 1961, 654 (656); Brügmann-Förster, aaO. Anm. VI 3 b dd) zu § 14; v. Hausen-v.d. Heide, aaO. Anm. 1 zu § 36; Bulling, aaO. S. 114; vgl. auch Rundschreiben des Bundesministers für Wohnungswesen, Städtebau und Raumordnung vom 25.5.1962, abgedr. im Nds. Min.Bl. 1962, 697.

28) Es sei denn, die Hauptbehörde könnte Versagungsgründe geltend machen, die nur ihrem eigenen Zuständigkeitsbereich unterfallen, vgl. Friauf, DÖV 1961, 666 (672); Bulling, aaO. S. 114; OVG Hamburg, DÖV 1959, 546 (548).

29) Vgl. die Zusammenstellung der Mitwirkungsformen im 2. Kapitel, II, 1 (S. 12 ff.).

30) Mitwirkungsakt bei "erforderlicher" Übereinstimmung der zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden - nur dieser ist im vorliegenden Abschnitt gemeint. Auf die Mitwirkungsakte bei "nichterforderlicher" Übereinstimmung (vgl. zur Unterscheidung der beiden Fallgruppen 2. Kapitel, II, 1 und 2 (S. 12 ff.)) ist an anderer Stelle einzugehen.

31) So mit wünschenswerter Klarheit: BVerwG, DVBl. 1963, 815 (817) = BayVBl. 1964, 51 (53); BVerwG, BayVBl. 1964, 49 (50); Fickert, DVBl. 1964, 173 (178 f.); Knaup-Ingenstau, aaO. § 31; Böhm, DÖV 1958, 72 (74 Anm. 9); Sellmann, BB 1954, 806 (807); OVG Koblenz, AS 3, 105 (107).

ven Entscheidung (z.B. zur Ablehnung einer Baugenehmigung), so braucht sie - rechtslogisch betrachtet - das Ergebnis und den Entwurf ihres Ablehnungsbescheids der Mitwirkungsbehörde nicht zur Stellungnahme zuzuleiten, sondern kann sofort eine ablehnende (negative) Entscheidung gegenüber dem Staatsbürger treffen, da die Mitwirkung lediglich zu einem positiven, nicht aber zu einem negativen Hauptakt vorgesehen ist.

Aber auch dann, wenn die Hauptbehörde zwar von vornherein beabsichtigt, den Hauptakt abzulehnen, sich jedoch zunächst der Ansicht der Mitwirkungsbehörde versichern möchte ³²⁾, unterwirft sie sich damit nicht deren EntschlieÙung. Zur Ablehnung ist sie nach der klaren Formulierung der Mitwirkungsvorschrift, die eine Beteiligung der Mitwirkungsbehörde nur für eine positive Entscheidung vorsieht, immer - auch gegen den Willen der Mitwirkungsbehörde - befugt.

Eine Bindungswirkung kommt folglich nur dem negativen Mitwirkungsakt in der Weise zu, daß nunmehr auch die Hauptbehörde negativ entscheiden muß. Ist der Mitwirkungsakt hingegen positiv ausgefallen, so ist die Hauptbehörde rechtlich in der Lage, sowohl eine positive als auch - soweit kein Rechtsanspruch auf eine positive Entscheidung besteht - eine negative Entscheidung zu treffen. Würde man - wie es die Anhänger der absoluten Bindungswirkung tun - der Hauptbehörde im Falle einer positiven EntschlieÙung der Mitwirkungsbehörde nur noch die Befugnis einräumen, positiv zu entscheiden, also den vom Staatsbürger begehrten Akt zu erlassen ³³⁾, so würde man dem in der Mitwirkungsnorm zum Ausdruck kommenden Willen des Normgebers Ausdeutungen geben, die dem Normtext, der die Mitwirkung der beteiligten Behörde eben nur für einen positiven Hauptakt, nicht aber für dessen Versagung vorschreibt, schwerlich entsprechen dürfte ³⁴⁾.

32) Ein Verfahren, das zwar nicht rechtslogisch erforderlich ist, aber guter Verwaltungsübung entspricht und zudem den verwaltungspraktischen Vorteil besitzt, daß die Hauptbehörde ihren ablehnenden Bescheid nicht nur auf eigene Gründe zu stützen braucht, sondern auch die Überlegungen der Mitwirkungsbehörde heranziehen kann. Auf diesen Gesichtspunkt weist auch Fickert, DVBl. 1964, 173 (177) hin. Weiterhin ist ein solches Verfahren, wie sich noch zeigen wird, auch aus prozessualen Gründen sinnvoll.

33) Oder im Fall der Eingriffsverwaltung dem Staatsbürger gegenüber einen belastenden VA zu setzen.

34) Fickert, DVBl. 1963, 173 (179) führt zu dem auf die allgemeine Problematik anwendbaren und der Verallgemeinerung fähigen Fall des Einvernehmens zwischen der Baugenehmigungsbehörde und der Gemeinde nach den §§ 14 Abs. 2 S. 2, 19 Abs. 4 S. 1 u. 2, 31 Abs. 2 S. 1, 36 Abs. 1

Als Zwischenergebnis unserer Kritik läßt sich also feststellen, daß das Argument der Bindungswirkung zur Begründung der VA-Natur des "positiven", d.h. zustimmenden Mitwirkungsaktes ungeeignet ist, weil eine Bindung der Hauptbehörde an eine derartige positive EntschlieÙung der beteiligten Behörde abgelehnt werden muß 35).

Übrig bleibt demnach nur eine (partielle) Bindung der Hauptbehörde an den negativen, d.h. die vorgeschriebene Mitwirkung versagenden Akt der beteiligten Behörde. Demgemäß wird von einem Teil der Vertreter, die die VA-Qualität

Fortsetzung der Fußnote 34) von Seite 85

BBauG mit Recht aus, daß es bei Beabsichtigung einer absoluten Bindung der Baugenehmigungsbehörde (Hauptbehörde) an die Entscheidung der Gemeinde (Mitwirkungsbehörde) nahegelegen hätte, der Gemeinde die ausschließliche Wahrnehmung der städtebaulichen Belange in Form einer gesonderten Entscheidung zu übertragen. Da dies nicht geschehen sei, sondern sich der Gesetzgeber aus Zweckmäßigkeitsgründen für das Rechtsinstitut des Einvernehmens entschieden habe und der Ansicht gewesen sei, daß die Herstellung des Einvernehmens die städtebaulichen Interessen der Gemeinde in vollem Umfange wahren würde, müsse man sich an diese Entscheidung halten und davon ausgehen, daß das Einvernehmen nur für eine positive Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde herzustellen sei. Zutreffend führt er auch gegen die verfassungsrechtlich begründete "absolute" Bindungswirkung des Einvernehmens der Gemeinde (vgl. Stich, DVBl. 1963, 193 (195) aus, daß in der Ablehnung eines Baugesuchs, die lediglich den status quo ante aufrechterhalte, keine Verletzung des planerischen Willens der Gemeinde gesehen werden könne.

- 35) Selbst wenn ein Mitwirkungsakt zu jeder Entscheidung der Hauptbehörde - sei es einer positiven oder einer negativen - vorgeschrieben worden ist (vgl. beispielsweise § 9 Abs. 1 S. 2 Hess. ForstG vom 10.11.1954 (GVBl. S. 211), muß die Hauptbehörde jedenfalls befugt sein, eine negative Entscheidung zu erlassen, auch wenn die Mitwirkungsbehörde positiv entschieden haben sollte. Zu einer negativen Entscheidung bedarf auch hier die Hauptbehörde nicht eines damit übereinstimmenden Aktes der Mitwirkungsbehörde. Andernfalls wäre bei einer Divergenz der Auffassungen der zusammenwirkenden Behörden die Hauptbehörde überhaupt daran gehindert, eine Entscheidung zu treffen. Das würde aber der rechtsstaatlichen Verpflichtung der Verwaltungsbehörde widersprechen, den Antrag des Bürgers zu verbescheiden. Das "non liquet" ist im Rechtsstaat verboten, erst recht gilt das für einen rechtsstaatlichen Zwang zum "non liquet". Vgl. Menger, VerwArch. Bd. 54 (1963), 198 (204); a. A. VG Darmstadt, DVBl. 1962, 875 (877).

der Mitwirkungsakte mit dem Bindungsargument zu begründen versuchen, - von ihrem Standort aus logisch konsequent - lediglich die Versagung der Mitwirkung als VA angesehen, während die Erteilung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes mangels Präjudizialwirkung lediglich als Verwaltungsinternum qualifiziert wird³⁶⁾. Aber auch auf diesem begrenzten Sektor erweist sich das Kriterium der Bindungswirkung zur Bestimmung der Rechtsnatur als untauglich. Die Unbrauchbarkeit dieses Qualifizierungsmerkmals tritt klar zutage, wenn wir uns das Rechtsinstitut der innerdienstlichen Weisung im Instanzenzug vergegenwärtigen. Hier besteht der Grundsatz des Verwaltungsrechts, daß nachgeordnete Behörden an die in Einzelfällen gegebenen Weisungen der übergeordneten Behörden gebunden sind. Einigkeit herrscht aber darüber, daß den innerdienstlichen, unter Berufung auf einen besonderen institutionellen Zweck³⁷⁾ ergangenen Weisungen trotz ihrer Verbindlichkeit gegenüber den nachgeordneten Behörden grundsätzlich³⁸⁾ keine VA-Qualität zukommt. Aus der Tatsache der Bindungswirkung der internen Weisungen trotz fehlender VA-Natur erhellt, daß aus dem Gesichtspunkt der Präjudizial- oder Bindungswirkung keinerlei Schlüsse auf die Rechtsnatur der Mitwirkungsakte erlaubt sind. Da das Bindungskriterium weder die VA-Qualität noch den Verwaltungsinternen Charakter des Aktes der beteiligten Behörde ausschließt³⁹⁾, ist die Argumentation mit einer angeblichen oder tatsächlichen Bindung der Hauptbehörde an den Akt der Mitwirkungsbehörde als nicht stichhaltig abzulehnen.

36) Vgl. z.B. Sellmann, BB 1954, 866 (807); Böhm, DÖV 1958, 72 (74 Anm. 9); Obermayer, VA, S. 133; Dahs, NJW 1954, 526; VG München, BB 1955, 1089.

37) Vgl. Obermayer, VA, S. 108.

38) Zu der Frage, ob die innerdienstliche Weisung ausnahmsweise auch die Wesensmerkmale des VAs erfüllen kann, vgl. Obermayer, VA, S. 124 ff.

39) Aus diesem Grunde ist auch die Auffassung von Stich, DVBl. 1963, 193 (194), es sei rechtslogisch nicht haltbar, die Willensäußerung der Mitwirkungsbehörde zwar als für die Hauptbehörde verbindlich, jedoch im Verhältnis zum Staatsbürger als bloß verwaltungsinterne Angelegenheit zu betrachten, unzutreffend, was sich klar aus dem Institut der internen Weisung ergibt.

IV. LÖSUNGSVERSUCH AUS DEM GESICHTSPUNKT DER "TATBESTANDSWIRKUNG"

Nach einer sowohl in der Rechtsprechung als auch im Schrifttum vertretenen Ansicht ⁴⁰⁾ läßt sich das Vorliegen eines VAes aus der verbindlichen Tatbestandswirkung des Mitwirkungsaktes herleiten. Die Tatbestandswirkung ergebe sich daraus, daß die Hauptbehörde den Mitwirkungsakt ihrer eigenen EntschlieÙung als gegebene Tatsache zugrunde legen müsse, ohne die Erwägungen der mitwirkenden Behörde nachprüfen zu dürfen ⁴¹⁾. Auch das Verwaltungsverfahren sei nach dem Grundsatz der Tatbestandswirkung an die Entscheidung der Mitwirkungsbehörde gebunden. Der ablehnende Akt der Hauptbehörde sei so lange rechtmäßig, als die ablehnende Erklärung der mitwirkungsberechtigten Behörde vorliege, und das Verwaltungsverfahren könne die Ablehnung der Hauptbehörde nur aufheben, wenn es auch den ablehnenden Akt der Mitwirkungsbehörde aufhebe, was aber wiederum nur möglich sei, wenn auch letzterer einen VA oder wenigstens einen Teil eines solchen darstelle ⁴²⁾.

Der Gesichtspunkt der Tatbestandswirkung wird auch von Groebe ⁴³⁾ in die Erörterung eingeführt. Im Gegensatz zu den oben genannten Stimmen schließt er jedoch von der Tatbestandswirkung nicht auf die VA-Qualität des Mitwirkungsaktes, sondern lediglich auf die Bindung der Hauptbehörde an den Akt der Mitwirkungsbehörde. Den Mitwirkungsakt sieht er als behördeninternen Vorgang an.

Heinze ⁴⁴⁾ wiederum leugnet jegliche Tatbestandswirkung des Mitwirkungsaktes, da eine solche nur den Maßnahmen zukommen könne, die nicht in erster Linie mit Rücksicht auf den VA einer anderen Behörde ergingen und daher bereits für sich betrachtet, ohne Hinzutreten weiterer Maßnahmen sinnvoll seien. Die Eigenart der Maßnahmen mit Tatbestandswirkung sei darin zu sehen, daß eine organisatorische, verfahrensrechtlich-interne Verknüpfung der Verwaltungstätigkeit beim Zusammenwirken der Behörden fehle ⁴⁵⁾. Durch die organisatorisch-intervfahrensrechtliche Verknüpfung der Verwaltungstätigkeit der zusammenwirken-

40) Vgl. BayVGH, Urt. vom 5.7.1956, BayVBl. 1956, 313 (314); OVG Hamburg, Urt. vom 28.8.1958, DÖV 1959, 546 (548); MDR 1959, 522 (523); = BBauBl. 1959, 578; OVG Saarlouis, Urt. vom 18.3.1960, DVBl. 1960, 722 (723); Neudien, DÖV 1959, 323 (328); Friauf, DÖV 1961, 666 (669 f.).

41) So Friauf, DÖV 1961, 666 (669 f.).

42) Vgl. BayVGH, BayVBl. 1956, 313 (314).

43) DVBl. 1959, 757 (761).

44) VerwArch. Bd. 52 (1961), 172 ff., 190.

45) So Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 172.

den Behörden sei eine Tatbestandswirkung des Mitwirkungsaktes ausgeschlossen. Der Mitwirkungsakt sei daher eine behördeninterne Maßnahme.

Angesichts der verschiedenen Ergebnisse, die mit dem Argument der Tatbestandswirkung begründet werden, besteht Anlaß, diesen Begriff einer näheren Betrachtung zu unterziehen. In der staats- und verwaltungsrechtlichen Literatur wird die Tatbestandswirkung⁴⁶⁾ eines Aktes häufig als die Wirkung bezeichnet, die vom Inhalt des Aktes ausstrahlt. So vertritt Korinmann die Auffassung, daß der Richter auf Grund der Tatbestandswirkung den Inhalt eines Aktes seiner Entscheidung zugrunde zu legen habe. Er bezeichnet die Tatbestandswirkung als "die Wirkung der Verbindlichkeit und als solche eine Eigenschaft aller rechtsgeschäftlichen Staatsakte einschließlich der gesetzwidrigen, soweit sie nicht ausnahmsweise absolut nichtig sind"⁴⁷⁾. Da bei der Definition der Tatbestandswirkung auch von anderen Autoren meist auf die vom Inhalt eines gestaltenden Aktes ausgehenden Wirkungen abgestellt wird, versteht man weitgehend unter Tatbestands- nur die Gestaltungswirkung⁴⁸⁾.

Gegen die Gleichsetzung hat sich besonders Jesch⁴⁹⁾ in seiner Kritik gewandt. Er führt überzeugend aus, daß Anknüpfungspunkt für die Tatbestandswirkung nicht die vom Inhalt des Aktes ausgehenden Wirkungen sind, sondern lediglich die Tatsache des Vorhandenseins eines Aktes. Äußeres Vorhandensein und Inhalt des VAes sind danach scharf auseinanderzuhalten. Das Wesen der Tatbestandswirkung⁵⁰⁾ besteht darin, daß der Akteure des VAes der Sachlage Bedeutung verleiht⁵¹⁾. Die Tatbestandswirkung beruht also nur auf der Tatsache, daß ein VA erlassen wurde, der aufgrund einer Rechtsnorm Tatbestandsmerkmal ist⁵²⁾. Es wird hierdurch eine Veränderung in der Welt der Tatsachen bewirkt, die eine andere Behörde oder der Richter anerkennen müssen. Verwaltungsbehörde oder Verwaltungsgericht haben "die Rechtsfolgen zu ziehen, die an die Existenz des VAes geknüpft sind"⁵²⁾. Es handelt sich hier um "Nebenwirkungen", die keinesfalls mit den inhaltlichen Wirkungen (Hauptwirkungen) des VAes, die eine Veränderung in der "Rechtswelt" bedeuten, verwechselt werden dürfen.

46) Der Ausdruck geht auf Wach (aaO. S. 626) zurück.

47) JÖR Bd. 7 (1913), 1 (15).

48) Vgl. Jesch, Bindung, S. 63 mit weiteren Nachweisen.

49) Bindung, S. 58 ff.

50) Jesch, Bindung, S. 58.

51) Beispiele für die Tatbestandswirkung sind §§ 31 StGB, 57 Ziff. 3 u. 4 GewO, 58 EheG, 172 StGB.

52) Jesch, Bindung, S. 65; vgl. auch Bachof, BVerwG, S. 255 f.; Groetschel, DVBl. 1959, 413 ff.

Entscheidend in unserem Zusammenhang ist nun die Feststellung, daß Voraussetzung und Anknüpfungspunkt der Tatbestandswirkung das Vorhandensein bzw. die Existenz des - durch eine Rechtsnorm zum Tatbestandsmerkmal gemachten - VAEs ist. Tatbestandswirkung ist "die Berücksichtigung der Tatsache einer Entscheidung" ⁵³⁾. Aus dieser Erkenntnis ergibt sich die Unhaltbarkeit der Ableitung der VA-Qualität des Mitwirkungsaktes aus dessen behaupteter Tatbestandswirkung. Eine solche Deduktion verkennt, daß von einer Tatbestandswirkung nur dann gesprochen werden darf, wenn die VA-Eigenschaft der behördlichen Maßnahme als das logische prius der Tatbestandswirkung vorher bewiesen worden ist. Erst wenn diese Prämisse (Existenz eines VAEs) vorliegt, ist der Richter gehalten, die Tatsache, daß ein VA ergangen und vorhanden ist, anzuerkennen (womit allein die Tatbestandswirkung liegt). Ein Schluß von logischer Stringenz ist also nur vom Vorhandensein eines VAEs (mit Hauptwirkung: Gestaltungs- und Feststellungswirkung) auf dessen Tatbestandswirkung (Nebenwirkung), niemals aber von einer behaupteten Tatbestandswirkung auf die Existenz eines VAEs möglich.

Damit erledigt sich auch die Argumentation Groebes ⁵⁴⁾, der aus der behaupteten Tatbestandswirkung die Bindungswirkung des Mitwirkungsaktes folgert, ohne ihm jedoch VA-Qualität beizumessen. Die augenscheinliche Inkonsistenz in der Beweisführung Groebes liegt darin, daß er einem von ihm angenommen behördeninternen Akt Tatbestandswirkung zusprechen will, was per definitionem bedeuten würde, daß neben der Hauptbehörde auch der Richter die Tatsache eines Behördeninternums zu berücksichtigen hätte. Jedoch besteht das Wesen eines internen Einzelaktes gerade darin, daß er für den Richter völlig irrelevant ist und folglich keine Tatbestandswirkung entfalten kann ⁵⁵⁾.

Umgekehrt erweist sich auch die These Heinze ⁵⁶⁾, der aus der Verneinung der Tatbestandswirkung des Mitwirkungsaktes die Verneinung seiner VA-Natur deduziert, als unrichtig. Er ist, gleichsam mit umgekehrtem Vorzeichen, das Analogon gleichen, bereits oben kritisierten Fehlschlusses von der vorliegenden

53) Stein, aaO. S. 111.

54) DVBl. 1959, 757 (761).

55) Vgl. Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 290, der zutreffend ausführt: "Maßnahmen mit Tatbestandswirkung sind daher keine behördeninternen Maßnahmen, sondern entfalten ihre Rechtswirkung unmittelbar nach außen hin... Maßnahmen mit Tatbestandswirkung sind daher VAe". Irreführend ist die Auffassung von Bülthig, aaO. S. 107 ff., der den Mitwirkungsakten bei förmlicher oder übereinstimmender (Anhörungs-, Benehmens-, Gutachten) Tatbestandswirkung beimißt, obwohl er sie nicht als VAe qualifiziert.

56) VerwArch. Bd. 52 (1961), 172 ff., 290.

bzw. nicht vorliegenden Tatbestandswirkung auf die vorliegende bzw. nicht vorliegende VA-Eigenschaft. Da die Existenz des VAes das Primäre, die Tatbestandswirkung erst Bedingende ist, gehen die von Heinze gegen die Tatbestandswirkung vorgebrachten Argumente am Kern der Sache vorbei. Möglicher Ansatzpunkt kann nur die Existenz des VAes, nicht aber dessen Tatbestandswirkung sein. Aber selbst wenn man einmal unterstellt, daß Heinze nicht den logisch verfehlten Umweg über die Tatbestandswirkung gewählt, sondern seine Argumente, was er im Ergebnis auch beabsichtigte, direkt gegen die Bejahung der VA-Natur der Mitwirkungsakte gerichtet hätte, wären wir der Lösung unserer Frage nicht näher gekommen. Es wäre nämlich erst noch zu beweisen, warum, wie Heinze behauptet, bei einer organisatorisch-internverfahrensrechtlichen Verknüpfung der Verwaltungstätigkeit der zusammenwirkenden Behörden der Akt der beteiligten Behörde keinen VA, sondern lediglich ein Behördeninternum darstellen soll. Diesen Beweis ist Heinze schuldig geblieben. Im Grunde genommen operiert Heinze mit einer *petitio principii*, indem er etwas voraussetzt (scil. bei organisatorischer Verknüpfung der Verwaltungstätigkeit mehrerer Behörden ist der Akt der beteiligten Behörde ein Internum), was zu beweisen ist.

V. DAS PROZESSRECHTLICHE ARGUMENT DES ERFORDERLICHEN RECHTSSCHUTZES

Ein gern benutztes Argument der Anhänger der VA-These geht dahin, daß der VA-Charakter der Mitwirkungsakte aus dem Gedanken des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes gefordert werden müsse. Ausgangspunkt der Beweisführung ist die Feststellung, daß ein der Hauptbehörde gegenüber ergangenes Verpflichtungsurteil wirkungslos bleiben müsse, wenn nicht gleichzeitig auch die Mitwirkungsbehörde zum Erlass des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes verurteilt werden könne. Diese Feststellung ist, wie oben ausgeführt wurde⁵⁷⁾, zutreffend. Daraus wird jedoch die Folgerung gezogen, eine Verurteilung der Mitwirkungsbehörde sei nur dann möglich, wenn es sich bei der Mitwirkung um einen VA handle⁵⁸⁾. Sehe man der Mitwirkungsart nicht als VA an, so sei weder eine Anfechtungsklage, die zu einer Aufhebung der Versagung des Mitwirkungsaktes führen könnte, noch eine Verpflichtungsklage mit dem Ziel einer positiven Stellung-

57) Vgl. oben 4. Kapitel, VIII (S. 68 ff.).

58) So beispielsweise Briauf, DÖV 1961, 666 (674); Menger, VerwArch. Bd. 53 (1962), 78; ders. VerwArch. Bd. 55 (1964), 181; Stich, DVBl. 1963, 193 (198); BayVGh, BayVBl. 1956, 313 (315); OVG Münster, NJW 1954, 526 (528); OVG Münster, DÖV 1962, 833 (834).

nahme der Mitwirkungsbehörde möglich. Diese beiden Klagen aber allein seien geeignet, den Antragsteller zu dem angestrebten Ziele zu führen ⁵⁹⁾.

Ein solcher Begründungsversuch mit dem prozeßrechtlichen Argument des erforderlichen verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes vermag nicht zu überzeugen. Er läßt außer acht, daß neben der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (§ 42 VwGO), die sich beide nur auf VAe beziehen, nach heute überwiegender Auffassung ⁶⁰⁾ auch die sog. "allgemeine Leistungsklage" ihren legitimen Platz im Verwaltungsprozeß einnimmt ⁶¹⁾. Gegenstand der allgemeinen Leistungsklage ist aber gerade die Vornahme oder Unterlassung eines solchen hoheitlichen Verhaltens einer Behörde, das nicht die Qualität eines VAes erreicht ⁶²⁾. Erkennt man neben den drei ausdrücklich benannten Klagearten der VwGO - der Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Feststellungsklage - die weitere Klagemöglichkeit der allgemeinen Leistungsklage an, was wohl unumgänglich ist ⁶³⁾,

59) So Menger, VerwArch, Bd. 53 (1962), 78.

Ungenau ist hingegen die Ausdrucksweise, die vom Mitwirkungsakt als vom "anfechtbaren" VA spricht, denn letzten Endes kommt es entscheidend darauf an, ob die beteiligte Behörde im Wege der Verpflichtungsklage nach § 42 VwGO zum Erlass des Mitwirkungsaktes verpflichtet werden kann; so richtig Stich, DVBl. 1963, 193 (197 Anm. 28). Mit der Anfechtung der Versagung der Mitwirkung allein, die nur eine Kassation der fehlerhaften Versagung zur Folge haben kann, ist dem Staatsbürger nicht geholfen. Anders ist es nur in den Fällen eines Interventionsrechts der Mitwirkungsbehörde (z. B. Widerspruch nach § 1 Abs. 1 Ziff. 1 PGAG). Hier genügt die Kassation des Interventionsaktes, um ein Verpflichtungsurteil gegenüber der Hauptbehörde zu ermöglichen.

60) Vgl. BVerwG, Urt. vom 20. 7. 1962, ES Bd. 14, 323 (327 = DÖV 1962, 704 (705) = DVBl. 1962, 678 (680) = MDR 1962, 846 (847); Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Vorbem. vor § 42 (S. 112 ff.) mit weiteren Nachweisen; Schunck-de Clerck, aaO. § 42 Anm. 1/2 (S. 170), 4 (192 ff.); Klinger, aaO. Vorbem. a) vor §§ 42, 43; Rupp, AoR Bd. 55 (1960, 306 f.; Bachof, BVerwG, S. 210 Anm. 57, S. 238 ff.; Hegel, JZ 1963, 15 ff.; Rautenberg-Voigt, DÖV 1964, 259 ff.; a. M. Eyermann-Fröhler, aaO. § 42 Rdnr. 4, Rdnr. 14; Forsthoff, aaO. S. 496.

61) Das Vorhandensein der sog. allgemeinen Leistungsklage wird in zahlreichen Vorschriften der VwGO vorausgesetzt - vgl. §§ 43 Abs. 2, 111, 113 Abs. 2 u. 4 S. 1, 191 Abs. 1 (§ 126 Abs. 3 BRRG).

62) Vgl. Rautenberg-Voigt, DÖV 1964, 259 (260).

63) § 40 des Regierungsentwurfs (Dr. Bundestag, 3. Wahlperiode, Drucksache 1094, S. 30), in welchem die Klagearten der Verwaltungsgerichtsbarkeit

dann ist die Behauptung, der in Art. 19 Abs. 4 GG normierte Rechtsschutz des Staatsbürgers sei nur gewährleistet, wenn man den Mitwirkungsakt als VA ansehe, nicht schlüssig. Mit dem Rechtsinstitut der allgemeinen Leistungsklage ist dem Staatsbürger nämlich die theoretische Möglichkeit an die Hand gegeben, den durch Mitwirkungsvorbehalt vorgeschriebenen Mitwirkungsakt auch dann einzuklagen, wenn der Mitwirkungsakt die materiellen Kriterien des VAes nicht aufweisen sollte. Da eine solche Möglichkeit nicht von vornherein ausscheidet, ist der Schluß vom erforderlichen Rechtsschutz auf die VA-Qualität des Mitwirkungsaktes nicht zwingend ⁶⁴⁾.

Unzutreffend ist deshalb auch die Auffassung Fickerts ⁶⁵⁾, der den Mitwirkungsakt als VA "im technischen Sinne" wertet, ohne darauf abzustellen, ob auch die unmittelbare Außenwirkung als Begriffsmerkmal vorliegt. Fickert wird hier von der Erwägung geleitet, daß die Verwaltungsgerichtsordnung den durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährten Rechtsschutz von der Rechtsnatur des Mitwirkungsaktes als VA abhängig mache und daß aus diesem Grunde mit Rücksicht auf die "Systematik der VwGO" ⁶⁵⁾ der VA-Begriff möglichst extensiv auszulegen sei. Jedoch zwingt die Systematik der VwGO gerade nicht dazu, jede Tätigkeit einer Behörde, die geeignet sein könnte, die Rechte eines Bürgers im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG zu verletzen, zum VA zu "erhöhen" ⁶⁶⁾. Der verfassungsmäßig garantierte Rechtsschutz läßt sich auch durch die von der VwGO zugelassene allgemeine Leistungsklage verwirklichen. Bachof ⁶⁷⁾ zieht daher mit Recht aus der Systematik der

Fortsetzung der Fußnote 63) von Seite 92

in Gestaltungs-, Leistungs- und Feststellungsklagen unterteilt worden waren und nach dem die Verpflichtungsklage als Unterfall der Leistungsklage zu verstehen war, ist nur deshalb nicht Gesetz geworden, weil man befürchtete, er würde die Klagemöglichkeiten einengen und im übrigen keine Zweifel an der Zulässigkeit der allgemeinen Leistungsklage bestanden (Drucksache 1094, S. 5).

- 64) Immerhin wird schon jetzt deutlich, daß aufgrund des umfassenden Rechtsschutzes gem. Art. 19 Abs. 4 GG der Mitwirkungsakt nicht als bloß interner Vorgang angesehen werden kann. Setzt auch die Leistungsklage keinen VA voraus, so hat sie doch einen Anspruch zum Gegenstand. Da es sich um einen Anspruch des Bürgers gegen die Mitwirkungsbehörde (bzw. die dahinterstehende Körperschaft) handelt, läßt sich der als Erfüllung des Anspruchs zu wertende Mitwirkungsakt nicht in den internen Bereich verweisen.
- 65) DVBl. 1964, 173 (175) unter Bezugnahme auf Maunz-Dürig, aaO. Art. 19 Abs. 4 Rdnr. 24 (S. 14).
- 66) Vgl. Rautenberg-Voigt, DÖV 1964, 259 (261).
- 67) BVerwG, S. 210 Anm. 57, S. 240.

VwGO die gegenteilige Folgerung, daß die oft recht gewaltsame Ausweitung des VA-Begriffs, die ihren Grund in der früheren Scheu vor der Leistungsklage hatte, heute unangebracht sei. Es kann Bachof nur zugestimmt werden, wenn er anstelle einer noch weiteren Erstreckung des Begriffs VA (mit dem Ziel einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage) für eine "Wiedereinengung jenes ungebührlich ausgeweiteten und damit konturlos gewordenen Begriffs" ⁶⁸⁾ (mit der Folge einer stärkeren Verlagerung von den Verpflichtungsklagen zu den einfachen Leistungsklagen) plädiert. Es besteht deshalb entgegen Fickert auch aus prozessualer Sicht kein Anlaß, dem VA im engeren Sinne einen solchen im weiteren oder "technischen" Sinne zur Seite zu stellen, der nicht alle materiellen Begriffsmerkmale des VAes aufweist. Wir kennen, wie Obermayer richtig hervorhebt ⁶⁹⁾, nur einen VA-Begriff, der nicht durch einen anderen überflüssigen und systemwidrigen verdunkelt werden darf. Die die allgemeine Leistungsklage zulassende Systematik der VwGO sollte im Interesse einer schärferen dogmatischen Erfassung des in den letzten Jahren stark ausgebluteten Begriffs des VAes unseren Entschluß erleichtern, von der aktionsrechtlich gefärbten Vorstellung, daß die Gerichte VA-Gerichte seien, Abschied zu nehmen ⁷⁰⁾.

Dies darf andererseits jedoch nicht zu dem Irrtum verleiten, es könne letztlich offen bleiben, ob dem zum Erlaß des Hauptaktes erforderlichen Mitwirkungsakt die materiellen Kriterien des VAes eignen oder nicht und ob die Klage demnach als Verpflichtungsklage oder aber als andere öffentlich-rechtliche Streitigkeit zu beurteilen ist. Die gegen einen VA oder auf Vornahme eines solchen gerichtete Klage erfordert in der Regel ein Vorverfahren, während dies bei einer gegen eine andere Amtshandlung oder auf Vornahme einer solchen gerichteten Klage nicht der Fall ist ⁷¹⁾. Das Bemühen um die Bestimmung der Rechtsnatur

68) BVerwG, S. 240.

69) VA, S. 83.

70) Zutreffend führt Bachof, BVerwG, S. 213 aus: "Die Verwaltungsgerichtsbarkeit dient (u. a.) dem Rechtsschutz gegenüber Maßnahmen der Verwaltung, nicht (nur) gegenüber VA im rechtstechnischen Sinn!"

71) Das vom Bundesverwaltungsgericht (E 1, 274 (276)) eingeschlagene Verfahren, die Frage, ob die begehrte Amtshandlung ein VA ist oder nicht, offenzulassen, ist, sofern der Verpflichtungsklage ein Vorverfahren voran-gehen muß, nur gerechtfertigt, wenn ein solches stattgefunden hat; vgl. Bachof, BVerwG, S. 239.

Zu den weiteren Unterschieden zwischen Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsklage und einfacher Leistungs- (Unterlassungs-)klage vgl. Menger, Verw.-Arch. Bd. 54 (1963), 198 (199); Bachof, BVerwG, S. 212.

der Mitwirkungsakte ist also durchaus sinnvoll.

Da das prozeßrechtliche Argument des erforderlichen Rechtsschutzes keine Schlüsse auf die Rechtsnatur der Mitwirkungsakte zuläßt, gilt es, diese Frage unter Berücksichtigung anderer Gesichtspunkte zu untersuchen.

B. VERSUCH EINER EIGENEN LÖSUNG

6. KAPITEL: DIE AUF EINER RECHTSNORM BERUHENDEN MITWIRKUNGSAKTE

I. DIE NORM ALS METHODISCHER AUSGANGSPUNKT

Die kritische Überprüfung der zur Bejahung oder Verneinung der VA-Qualität vorgetragenen Gesichtspunkte hat dargetan, daß weder die Hauptbehörde noch das Verwaltungsgericht rechtlich in der Lage sind, sich über die Versagung des Mitwirkungsaktes hinwegzusetzen. Das hat zu der weiteren Feststellung geführt, daß die Hauptbehörde den positiven Hauptakt nur dann erlassen bzw. zu dessen Erlass verurteilt werden kann, wenn die Mitwirkungsbehörde den vorgeschriebenen Mitwirkungsakt setzt bzw. - bei etwaiger Weigerung - vom Verwaltungsgericht zum Erlass des Mitwirkungsaktes verurteilt werden kann. Es hat sich gleichzeitig erwiesen, daß der nach Art. 19 Abs. 4 GG geforderte Rechtsschutz gegenüber der Mitwirkungsbehörde nicht mit logischer Notwendigkeit den VA-Charakter des Mitwirkungsaktes impliziert.

Auf diesen Erkenntnissen aufbauend können wir uns nunmehr einer eigenen Lösung der Frage nach der Rechtsnatur der Mitwirkungsakte zuwenden.

Auszugehen ist dabei von der Norm, auf der die Mitwirkungsakte beruhen. Bei dem Prototyp des verwaltungsinternen Vorgangs - der internen Weisung - fehlt es in der Regel an dem Anknüpfungspunkt der Norm. Im Unterschied zu den hier behandelten normativ vorgesehenen Mitwirkungsakten beruhen die innerdienstlichen Weisungen auf dem hierarchischen Prinzip, d.h. auf dem Grundsatz des Verwaltungsrechts, daß eine übergeordnete Behörde kraft des allgemeinen Über- und Unterordnungsverhältnisses im Behördenaufbau die nachgeordnete Behörde

zu einem bestimmten Verwaltungshandeln anweisen kann ¹⁾.

Aus der Unterschiedlichkeit der Grundlagen der innerdienstlichen Weisungen und der hier untersuchten Mitwirkungsakte ergibt sich auch eine unterschiedliche rechtliche Struktur beider Fallgruppen. Dies wird deutlich, wenn wir die Funktion der dem Mitwirkungsakt zugrunde liegenden Norm näher ins Auge fassen. Handelt es sich dabei um einen Rechtssatz ²⁾, so lassen sich zwei spezifische Wirkungen aufzeigen:

Einerseits ist die den Hauptakt erlassende Behörde an den Rechtssatz gebunden und darf sich nicht darüber hinwegsetzen.

Andererseits ist der Rechtssatz jedoch auch mit bindender Kraft gegenüber dem Verwaltungsgericht ausgestattet. Er ist dazu bestimmt, "als Obersatz in einem richterlichen Syllogismus zu fungieren" ³⁾.

In dem sowohl die Hauptbehörde als auch das Verwaltungsgericht bindenden Rechtssatz hat das Erfordernis der Mitwirkung der beteiligten Behörde die Bedeutung eines Tatbestandsmerkmals. Ist das Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt (z.B. bei Nichterteilung der Zustimmung nach § 9 Abs. 2 BFStrG), so ist die Hauptbehörde gehindert, den der Mitwirkung bedürftigen Hauptakt zu erlassen ⁴⁾. Erläßt sie ihn trotzdem, so ist diese Entscheidung wegen Verstoßes gegen den Rechtssatz rechtswidrig und damit fehlerhaft ⁵⁾. Liegt das Tatbestandsmerkmal

1) Vgl. zum Teilos der innerdienstlichen Weisungen (Aufrechterhaltung einer Ordnung im Innern; Sicherstellung des Funktionierens der verschiedenen Einrichtungen usw.) Obermayer, VA, S. 107 f.

2) Rechtssatz und Rechtsnorm sind nach der hier zugrunde gelegten herkömmlichen Bedeutung Synonyme. Demgegenüber wird vereinzelt zwischen Rechtssatz und Rechtsnorm unterschieden, vgl. z.B. Jesch, Gesetz, S. 24. Vgl. zu dieser Frage schon die Ausführungen im 2. Kapitel, IV (S. 26 f.).

3) Vgl. Jesch, Gesetz, S. 24.

4) Ist das Mitwirkungserfordernis in die negative Formel gekleidet: "Soweit ... nicht widerspricht" (vgl. z.B. § 13 Abs. 1 des Gesetzes über die Ausübung der Zahnheilkunde vom 31.3.1952 - BGBl. I S. 221), dann ist die Hauptbehörde bei entsprechender Intervention der Mitwirkungsbehörde gehindert, den Hauptakt zu erlassen.

5) So die h.M.; vgl. die Ausführungen im 4. Kapitel, VIII (S. 72 Anm. 133). Offen kann an dieser Stelle die erst später zu erörternde Frage des Fehlergrades der Hauptakte - Nichtigkeit oder bloße Aufhebbarkeit - bleiben.

nicht vor, so ist auch das Verwaltungsgericht nicht in der Lage, die Hauptbehörde zum Erlaß des positiven Hauptaktes zu verurteilen, da andernfalls der Rechtssatz, welcher auch das Verwaltungsgericht bindet, ignoriert würde.

Eine ganz andere rechtliche Situation zeigt sich bei der internen Weisung. Diese hat nicht wie der rechtsnormativ vorgeschriebene Mitwirkungsakt die Bedeutung eines verbindlichen Tatbestandsmerkmals; sie ist nicht rechtssatzmäßig als Voraussetzung für den Erlaß des positiven Hauptaktes postuliert, sondern ergeht auf Grund des hierarchischen Prinzips. Von der anzuwendenden Rechtsnorm her gesehen ist die Hauptbehörde auch ohne das Vorliegen einer positiven internen Weisung zum Erlaß des Hauptaktes ermächtigt. Selbst wenn die Weisungsbehörde eine negative, d.h. den Erlaß des Hauptaktes verbietende Weisung erläßt, bleibt die angewiesene Behörde von der anzuwendenden Rechtsnorm her gesehen zur Entscheidung in vollem Umfange befugt und kann deshalb auch trotz entgegenstehender interner Weisung einen fehlerfreien positiven Hauptakt erlassen, wenn die Tatbestandsmerkmale der anzuwendenden Rechtsnorm vorliegen. Zwar ist die angewiesene Behörde von ihrer Dienstpflicht aus betrachtet zum Erlaß einer weisungsgemäßen Entscheidung gehalten. Setzt sie sich aber über diese Dienstpflicht hinweg, so hat dies keinen Einfluß auf die Rechtmäßigkeit des rechtssatzgemäß erlassenen Hauptaktes⁶⁾. Aus der Tatsache, daß die interne Weisung nicht die Bedeutung eines rechtssatzmäßig postulierten Tatbestandsmerkmals hat, an dessen Vorliegen das Verwaltungsgericht gebunden wäre, folgt weiterhin, daß eine Verurteilung der Hauptbehörde zum Erlaß des Hauptaktes auch dann zulässig ist, wenn eine positive Weisung nicht vorliegt oder wenn eine den Erlaß des Hauptaktes untersagende (negative) Weisung ergangen ist.

6) Der Unterschied zwischen rechtsnormativ vorgeschriebenem Mitwirkungsakt und interner Weisung wird besonders von Menger, VerwArch. Bd. 52 (1962), 78, herausgestellt. Leider werden die durchaus zutreffenden, auf dem richtigen Ansatzpunkt des Rechtssatzes beruhenden Folgerungen Mengers durch dessen - auf die überflüssige und systemwidrige Unterscheidung zwischen materiellem und formellem VA zurückgehende - Annahme eines bloß "formellen VAes" (VerwArch. Bd. 50 (1959), 396; Bd. 55 (1964), 178) in ihrem Wert gemindert.

Auf die Inkongruenz zwischen dem Mitwirkungsakt auf Grund einer Rechtsnorm und der innerdienstlichen Weisung machen weiterhin aufmerksam: Bulling, aaO. S. 131; Fickert, DÖV 1964, 661 (662); OVG Koblenz, AS 3, 105 (108); VG Stuttgart, BBauBl. 1957, 125.

II. DER DUALISTISCHE CHARAKTER DES MITWIRKUNGSVORBEHALTS

Die Gegenüberstellung von rechtssatzmäßig vorgeschriebenem Mitwirkungsakt und auf dem hierarchischen Prinzip beruhender interner Weisung hat den rechtlichen Unterschied ergeben, daß die im Erlaß des Hauptaktes (bzw. in der Verurteilung hierzu) trotz Verläugung der Mitwirkung liegende Ignorierung der rechtssatzmäßigen Bindung zur Rechtswidrigkeit des Hauptaktes führt, während die im Erlaß des Hauptaktes (bzw. in der Verurteilung hierzu) trotz entgegenstehender interner Weisung liegende Ignorierung der behördlichen Dienstpflicht die Rechtmäßigkeit des Hauptaktes unberührt läßt. Bevor wir aus dieser rechtlichen Inkongruenz zwischen dem Rechtsinstitut der internen Weisung und dem rechtssatzmäßig vorgeschriebenen Mitwirkungsakt Folgerungen bezüglich der Rechtsnatur der hier untersuchten Mitwirkungsakte ableiten, soll kurz die Funktion des Mitwirkungsvorbehalts betrachtet werden. Dabei stoßen wir auf einen dualistischen Charakter der Mitwirkungsnorm.

Sie schreibt erstens das Vorliegen des Mitwirkungsaktes als materiell-rechtliche Voraussetzung für den Erlaß des Hauptaktes vor.

Sie verpflichtet zweitens die Hauptbehörde zur Einholung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes.

Die letztere Funktion hat rein verfahrensrechtliche (formellrechtliche) Bedeutung und entspricht dem Antrag eines Staatsbürgers bei einer Behörde, einen bestimmten Hoheitsakt zu erlassen. Durch die organisatorisch-verfahrensrechtliche Verknüpfung der Verwaltungstätigkeit der zusammenwirkenden Behörden wird ein besonderer Antrag des Bürgers bei der Mitwirkungsbehörde überflüssig. Es ist damit das rechtskonstruktive Mittel gefunden, durch das eine unnötige "Komplizierung" der Einleitung des Verwaltungsverfahrens durch mehrere verschiedene Anträge des Bürgers vermieden wird ⁷⁾. Diese lediglich der Vereinfachung des Einleitungsverfahrens dienende Verknüpfung der Verwaltungstätigkeit der zusammenwirkenden Behörden in dem Sinne, daß anstelle des Staatsbürgers ⁸⁾ die Hauptbehörde den vorgeschriebenen Mitwirkungsakt einzuholen hat, darf jedoch nicht dazu verleiten, den formellrechtlichen (verfahrensrechtlichen) Aspekt des Mitwirkungsvorbehalts in den Vordergrund zu stellen oder gar allein zu berück-

7) In diesem Sinne auch OVG Hamburg, DÖV 1959, 546 (548).

8) In den Fällen, in denen das Vorliegen des Mitwirkungsaktes Voraussetzung für den Erlaß eines "belastenden" Hauptaktes ist, ergibt sich die Einholung des Mitwirkungsaktes durch die Hauptbehörde (anstelle des Staatsbürgers) schon aus der Natur der Sache.

sichtigen und deshalb das Zusammenwirken der beteiligten Behörden als verwaltungsinternen Vorgang zu bezeichnen⁹⁾. Entscheidend für die Rechtsnatur des Mitwirkungsaktes ist vielmehr die materiellrechtliche Funktion des Mitwirkungsverbots, wonach der Hauptakt nicht ohne oder gegen den eine materiellrechtliche Voraussetzung darstellenden Willen der Mitwirkungsbehörde erlassen werden darf.

Unter diesem Gesichtspunkt besteht hinsichtlich der Problemstellung völlige Gleichartigkeit zwischen dem hier behandelten Fall des Mitwirkungsaktes als rechtsnormativ vorgeschriebener Voraussetzung für den Erlaß eines Hauptaktes und den Fällen, bei denen zwar eine organisatorisch-verfahrensrechtliche Verknüpfung der Verwaltungstätigkeit verschiedener zusammenwirkender Behörden fehlt, die - vom Staatsbürger zu beantragende - Maßnahme einer anderen Behörde jedoch ebenfalls rechtsnormativ vorgesehene Voraussetzung für den Erlaß eines bestimmten VAes ist. Beispiele für die letztere, keine organisatorische Verknüpfung der Verwaltungstätigkeit verschiedener Behörden aufweisende Fallgruppe sind die Rechtsnormen, die eine behördliche Bescheinigung als tatbestandmäßige Voraussetzung des VAes einer anderen Behörde postulieren (vgl. z. B. § 19 der Mietenverordnung¹⁰⁾; § 7 c Abs. 5 des Einkommensteuergesetzes¹¹⁾).

Nur durch eine scharfe Trennung der materiellrechtlichen von der formellrechtlichen Funktion des Mitwirkungsverbots ist die Gewähr gegeben, daß die eigentliche, nur von der materiellrechtlichen Funktion abhängige Problemstellung nicht durch die - leider häufig zu beobachtende - Überbetonung des für die Rechtsnatur der Mitwirkungsakte völlig irrelevanten - in der organisatorischen Verknüpfung liegenden - formellrechtlichen Aspekts verdeckt wird.

Die richtige Fragestellung kann generell¹²⁾ nur lauten: Welchen Schluß läßt die Tatsache, daß als tatbestandmäßige Voraussetzung für den Erlaß eines VAes das Vorliegen einer bestimmten Maßnahme einer anderen Behörde rechtsnormativ festgelegt ist, auf die Rechtsnatur dieser Maßnahme zu?

9) Dies tut unrichtigerweise Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 172, 290

10) vom 20.11.1950 (BGBl. I S. 759).

11) i. d. F. vom 21.12.1954 (BGBl. I S. 441).

12) Die Problemstellung bei der Fallgruppe der Mitwirkungsverbote ist, wie ausgeführt, mit der bei der Fallgruppe, die eine organisatorisch-verfahrensrechtliche Verknüpfung der Verwaltungstätigkeit verschiedener Behörden nicht aufweist, bei der jedoch ebenfalls die Maßnahme einer anderen Behörde rechtsnormative Voraussetzung für den Erlaß eines VAes ist, identisch.

Oder auf den speziellen Fall des Mitwirkungsvorbehalts zugeschnitten: Welchen Schluß läßt die Tatsache, daß als tatbestandsmäßige Voraussetzung für den Erlaß des Hauptaktes das Vorliegen eines bestimmten Mitwirkungsaktes der beteiligten Behörde durch einen Mitwirkungsvorbehalt rechtsnormativ festgelegt ist, auf die Rechtsnatur des Mitwirkungsaktes zu?

III. DIE RECHTLICHE WIRKUNG DES RECHTSNORMATIV VORGESCHRIEBENEN MITWIRKUNGSAKTES

Der durch Mitwirkungsvorbehalt vorgeschriebene Mitwirkungsakt kann von der Mitwirkungsbehörde entweder erteilt oder versagt werden. Die Wirkung der Erteilung soll von der der Versagung des Mitwirkungsaktes getrennt untersucht werden.

1. Durch die Erteilung des Mitwirkungsaktes als rechtsnormativ vorgeschriebene Voraussetzung des positiven Hauptaktes wird der Hauptbehörde die Befugnis eingeräumt, einen positiven Hauptakt zu erlassen, soweit ihrerseits keine Bedenken bestehen. War vorher die Entscheidungsfreiheit der Hauptbehörde dergestalt eingeengt, daß sie wegen Fehlens einer unabdingbaren Voraussetzung¹³⁾ nur zu einer ablehnenden Entscheidung befähigt war¹⁴⁾, so wird durch die Erteilung des Mitwirkungsaktes die rechtsnormative "Sperr" gegen den Erlaß eines positiven Hauptaktes insoweit beseitigt und der Entscheidungsspielraum der Hauptbehörde erweitert. Erst jetzt kann der Staatsbürger die Hauptbehörde mit Erfolgsaussicht auf Erlaß des Hauptaktes vor dem Verwaltungsgericht verklagen. Vorher war weder die Hauptbehörde in der Lage, einen "fehlerfreien" positiven Hauptakt zu setzen noch das Verwaltungsgericht befugt, die Hauptbehörde zum Erlaß eines positiven Hauptaktes zu verurteilen, da die rechtsnormative - d. h. Hauptbehörde und Verwaltungsgericht bindende - tatbestandsmäßige Voraussetzung der Mitwirkung nicht vorlag.

Umgekehrt wird in den Fällen, in denen der Mitwirkungsvorbehalt ein Interventionsrecht der Mitwirkungsbehörde vorsieht¹⁵⁾, durch die entsprechende Inter-

13) Als "unabdingbare bzw. unabwendbare Voraussetzung" wird der Mitwirkungsakt ausdrücklich von Bohm, DÖV 1958, 71 (74); Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (730); OVG Rheinland-Pfalz, DÖV 1961, 117 (118) bezeichnet.

14) bzw. in den Fällen, in denen die Mitwirkung beim Erlaß eines belastenden Hauptaktes vorgesehen ist, den belastenden Hauptakt nicht erlassen konnte.

15) Vgl. z. B. das Widerspruchsrecht der Mitwirkungsbehörde nach § 18 Abs. 1 des Gesetzes über die Ausübung der Zahnheilkunde vom 31.3.1952 (BGBl. I

vention der Hauptbehörde die Kompetenz genommen, einen positiven Hauptakt zu erlassen. Sie ist dann nur mehr zu einer rechtmäßigen Entscheidung befugt, nämlich der, den Hauptakt abzulehnen.

Aus der auf dem Mitwirkungsvorbehalt beruhenden rechtlichen Möglichkeit der Mitwirkungsbehörde, eine Entscheidung zu fällen, die der Hauptbehörde die Kompetenz einräumt (oder bei einem Interventionsrecht; nimmt), einen positiven Hauptakt zu erlassen, erhellt, daß die Erteilung des Mitwirkungsaktes "konstitutive Wirkung" aufweist. Diese liegt aber keinesfalls, wie teilweise irrtümlich angenommen wird¹⁶, in einer Bindungswirkung des positiven Mitwirkungsaktes in dem Sinne, daß die positive Entscheidung der Hauptbehörde hierdurch bereits präjudiziert wird. In bezug auf die Endentscheidung der Hauptbehörde hat die Erteilung des Mitwirkungsaktes lediglich die Bedeutung einer unverbindlichen positiven Stellungnahme¹⁷. Unter dem Aspekt der Bindungs- bzw. Präjudizialwirkung mußte man der Erteilung des Mitwirkungsaktes also jede rechtliche Wirkung absprechen, was - insoweit folgerichtig - von einem Teil der Lehre und Rechtsprechung, der die Bindungs- bzw. Präjudizialwirkung als Kriterium für die rechtliche Wirkung eines Mitwirkungsaktes ansieht, getan wird¹⁸. Der Gesichtspunkt der fehlenden Bindungs- bzw. -präjudizialwirkung erweist sich jedoch als Scheinargument, da es darauf in unserem Zusammenhang überhaupt nicht ankommt. Die konstitutive rechtliche Wirkung des positiven Mitwirkungsaktes liegt nämlich schon und allein darin, daß durch ihn die rechtsnormativ postulierte Voraussetzung für die rechtliche Kompetenz der Hauptbehörde geschaffen wird, einen positiven Hauptakt zu erlassen. Ob der Hauptakt dann tatsächlich

Fortsetzung der Fußnote 15) von Seite 100

S. 221) und nach § 1 Abs. 1 Ziff. 1 des Gesetzes über den Personalgutachterausschuß für die Streitkräfte vom 23. 7. 1955 (BGBl. I S. 451) in Verb. mit § 2 Abs. 3 Ziff. 3 des 2. Gesetzes über den Bundesgrenzschutz vom 30. 5. 1956 (BGBl. I S. 436).

16) Vgl. Friauf, DÖV 1961, 666 (672); Stich, DVBl. 1963, 193 (195); Eiser-Riederer, aaO. S. 220 f.; OVG Hamburg, DOV 1959, 546 (548) = MDR 1959, 522 (523); OVG Rheinland-Pfalz, DÖV 1961, 117 (118).

17) Vgl. hierzu schon die kritischen Ausführungen im 5. Kapitel, III (S. 82 ff.).

18) Vgl. z.B. Sellmann, BB 1954, 806 (807); Dahs, NJW 1954, 526; Obermayer, VA, S. 133; VG München, BB 1955, 1089.

Aus diesem Blickwinkel betrachtet ist auch die Auffassung des BVerwG, DVBl. 1963, 815 (817) = BayVBl. 1964, 51 (53), wonach die Erteilung der Zustimmung nach § 9 Abs. 2 BFSrG wegen fehlender Bindungswirkung kein VA sein könne, logisch konsequent, wenn auch im Ergebnis unzutreffend.

erlassen oder abgelehnt wird, spielt hinsichtlich der rechtlichen Wirkung des positiven Mitwirkungsaktes keine Rolle ¹⁹⁾.

Aus der Tatsache, daß der positive Mitwirkungsakt unabhängig von Existenz und Inhalt des Hauptaktes rechtliche Wirkungen zeitigt, ist auch deutlich die "unmittelbare" Rechtserheblichkeit des Mitwirkungsaktes ersichtlich. Damit erweist sich die Auffassung, welche die Wirkungen dieses Aktes lediglich als mitteilbare bzw. faktische, rechtlich durch den Hauptakt vermittelte Außenwirkungen ansieht ²⁰⁾, als nicht stichhaltig.

Gleichzeitig wird aber auch offenbar, daß Mitwirkungsakt und Hauptakt nicht, wie gelegentlich behauptet ²¹⁾, zusammen einen einheitlichen VA bilden, sondern jeder der beiden Akte selbständige Rechtserheblichkeit aufweist. Die Selbständigkeit des Mitwirkungsaktes gegenüber dem Hauptakt zeigt sich einmal darin, daß seine Wirkungen schon dann eintreten, wenn der Hauptakt noch gar nicht existent ist; zum anderen wird sie aber besonders dadurch augenscheinlich, daß die Meinungen von Mitwirkungs- und Hauptbehörde in der Weise dissentieren können, daß die Hauptbehörde einen ablehnenden Hauptakt erläßt, obgleich die Mitwirkungsbehörde durch die Erteilung des positiven Mitwirkungsaktes zum Ausdruck gebracht hat, daß sie den Erlaß eines positiven Hauptaktes für gerechtfertigt halt. Hier läßt sich schwerlich von einem einheitlichen und gemeinsamen VA sprechen.

Der positive Mitwirkungsakt zeitigt schließlich auch unmittelbare rechtliche Wirkungen gegenüber dem Staatsbürger, da dessen rechtliche Beziehungen zur Hauptbehörde verändert werden. Die Rechtslage des außerhalb der Verwaltung stehenden Bürgers wird insofern geändert und gestaltet, als er durch Erteilung

19) Verfehlt ist deshalb auch die Argumentation von Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (724 Anm. 31, 732), wonach dem Mitwirkungsakt nach Art. XIV Abs. 2 des Bay. Zwangsabtretungsgesetzes vom 17. 11. 1837 (BayBS I S. 203) keine Rechtswirkung zukomme, da zwar die erste Hürde, die dem Hauptakt entgegenstehen konnte, beseitigt werde, jedoch damit nicht unaufhaltsam "das Schicksal seinen Lauf" nehme. Zutreffend hingegen Bulling, aaO. S. 140.

20) Vgl. z.B. Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 278; Eyermann-Fröhler, aaO. § 42 Rdnr. 56.

21) So BayVGh, BayVBl. 1956, 313 (314); VG Berlin, JR 1954, 433; Stern, BayVBl. 1957, 86 Anm. 8.

Irreführend ist es, wenn Clasen, NJW 1959, 752 (754) von einem "rechtlichen Verschmelzungsvorgang" spricht und behauptet, Haupt- und Mitwirkungsakt vereinigten sich zu einem einheitlichen Rechts- und Verwaltungsakt.

des Mitwirkungsaktes in die Lage versetzt wird, seinen Anspruch auf Erlaß des Hauptaktes gegen die Hauptbehörde - notfalls mit Hilfe einer Verpflichtungsklage - durchzusetzen²²⁾; denn erst jetzt steht der Hauptbehörde, wie bereits dargelegt, die Kompetenz zu, einen "fehlerfreien" positiven Hauptakt gegenüber dem Bürger zu erlassen und erst jetzt ist das Verwaltungsgericht befugt, die Hauptbehörde zum Erlaß des beantragten Hauptaktes zu verurteilen²³⁾. Da alle Merkmale des VAes gegeben sind, kommen wir zu dem Ergebnis, daß die Erteilung des rechtsnormativ vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes einen VA gegenüber dem Staatsbürger darstellt.

Die hier entwickelten Gedankengänge sind auch einem so entschiedenen Verfechter des verwaltungsinternen Charakters der Mitwirkungsakte wie dem OVG Lüneburg nicht völlig fremd. In dem bereits paradigmatisch erwähnten Fall des § 18 der Mietenverordnung²⁴⁾, wonach die Bescheinigung der nach § 10 des Ersten Wohnungsbaugesetzes zuständigen Stelle "als Nachweis" für das Vorliegen der Voraussetzungen dafür beizubringen ist, daß die Steuerbehörde eine Steuervergünstigung gem. § 7 Abs. 1 des Ersten Wohnungsbaugesetzes im Grundsteuermeßbetragsverfahren (§§ 212 a ff. AO) gewähren kann, hat das OVG Lüneburg²⁵⁾ die

22) Unverständlich und in sich widersprüchlich mutet die Meinung von Neufang, DVBl. 1951, 108 (109) an, der die VA-Qualität der Enteignungsanordnung nach § 2 des preuß. Gesetzes über die Enteignung von Grundeigentum vom 11.6.1874 (GS S. 221) mit der Begründung verneint, ihre rechtliche Wirkung erschöpfe sich darin, "daß dem Unternehmer ein Anspruch gegen die zuständige Enteignungsbehörde verliehen wird". Aus einer derartigen These wäre gerade die gegenteilige Folgerung zu erwarten gewesen.

23) Gerade an diesen beiden Indizien lassen sich die dem VA inhärenten Wesensmerkmale der unmittelbaren Rechtserheblichkeit in der Außenwelt gegenüber einem zumindest bestimmbar Personenkreis ablesen. Hier liegt auch der entscheidende Unterschied zur internen Weisung, bei der es typisch ist, daß erstens der angewiesenen Behörde durch sie weder die Kompetenz eingeräumt noch genommen wird, nach außen fehlerfrei positiv zu entscheiden und daß zweitens das Verwaltungsgericht die angewiesene Behörde trotz entgegenstehender Weisung zum Erlaß des Hauptaktes verurteilen kann.

24) vom 20.11.1950 (BGBl. I S. 759); dieser hat folgenden Wortlaut: "Der Nachweis darüber, daß die im § 7 ErstWBauG bezeichneten Voraussetzungen vorliegen, wird gegenüber dem Finanzamt oder im Falle des § 7 Abs. 1 Satz 2 ErstWBauG gegenüber der Grundsteuerbehörde durch eine Bescheinigung der Stelle erbracht, welche die für das Wohnungswesen zuständige oberste Landesbehörde bestimmt."

25) Urt. vom 20.10.1955, DVBl. 1956, 56 f.

Erteilung (und auch die Versagung) der Bescheinigung als VA angesehen. Nach dieser Entscheidung kann es dahingestellt bleiben, ob die in der Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs ²⁶⁾ vertretene Ansicht zutrifft, wonach die Bescheinigung der zuständigen Behörde über das Vorliegen der Voraussetzungen einer Steuervergünstigung lediglich eine gutachtliche Äußerung der Verwaltungsbehörde ist, die aber die Steuerbehörden nicht von ihrem Recht und ihrer Pflicht entbindet, das Vorliegen dieser Voraussetzungen selbständig zu prüfen und die endgültige Entscheidung selbst zu treffen. Auch wenn eine allgemeine Bindung der Steuerbehörden an die Entscheidungen anderer Behörden nicht besteht, wird der Bescheinigung unmittelbare rechtliche Wirkung zugesprochen. Diese liegt nach Meinung des OVG Lüneburg zwar nicht in der abschließenden Regelung des Grundsteuerermäßigungsverfahrens, da hier die endgültige Entscheidung der Steuerbehörde vorbehalten ist. Sie ergibt sich aber, so folgert das OVG Lüneburg, aus der Tatsache, daß eine für den Bauherren günstige Entscheidung der Verwaltungsbehörde, die zur Erteilung der Bescheinigung nach § 10 EStWBauG führt, dem Finanzamt überhaupt erst die Gewährung der Grundsteuervergünstigung ermöglicht, während eine für den Bauherren ungünstige Entscheidung, nämlich die Versagung der Bescheinigung die Gewährung der Vergünstigung ausschließt²⁷⁾.

Diese durchaus überzeugende ²⁷⁾ Begründung trifft aber auch für die Fälle des Mitwirkungsvorbehalts zu. Wie wir bereits sahen, besteht zwischen der Fallgruppe, die eine behördliche Bescheinigung als tatbestandsmäßige Voraussetzung des

26) Vgl. BStBl. 1953 III S. 9 und S. 358; BBauBl. 1953, 96; BStBl. 1954 III S. 303.

27) Ähnlich auch Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 290; Peetz, aaO. S. 67 f.

Nicht zu befriedigen vermag hingegen der Begründungsversuch von Simon, DVBl. 1966, 355 (358 Anm. 21), wonach die Bescheinigungen deshalb VA-Charakter aufweisen sollen, weil sie eine Vermutung für die Richtigkeit ihres Inhalts begründen.

Unbefriedigend, weil auf den Gesichtspunkt der Bindung abstellend, ist auch die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts (E 2, 212 ff.), wonach die "Verweigerung" der Bescheinigung nach § 7c des Einkommensteuergesetzes einen VA darstelle, während hinsichtlich der "Erteilung" der Bescheinigung mangels bindender Wirkung eine andere Beurteilung möglich sei. Allerdings hat das BVerwG später (E 2, 353 ff.) auch die Erteilung der Bescheinigung als VA angesehen. Vgl. auch BVerwG, DÖV 1958, 424 (430). Hinsichtlich der Bescheinigung der Stollungsbehörde über die Voraussetzungen steuerrechtlicher Vergünstigungen nach § 37 BVFG; hier wird die VA-Natur der Bescheinigung in erster Linie mit deren Bindungswirkung begründet.

VAes einer anderen Behörde vorschreibt und den Fällen, die das Vorliegen eines Mitwirkungsaktes zum Erlaß des Hauptaktes postulieren, lediglich der formellrechtliche Unterschied, daß in den letzteren Fällen im Gegensatz zur Fallgruppe, die eine behördliche Bescheinigung vorsieht, eine organisatorisch-verfahrensrechtliche Verknüpfung der Verwaltungstätigkeit verschiedener zusammenwirkender Behörden besteht. Aus dieser Abweichung läßt sich jedoch keine unterschiedliche Behandlung der materiellrechtlichen Frage nach der Rechtsnatur der Bescheinigung bzw. des Mitwirkungsaktes rechtfertigen. Die Problemstellung hängt allein von der materiellrechtlichen Funktion der die Bescheinigung bzw. den Mitwirkungsakt vorschreibenden Rechtsnorm an. Diese ist aber in beiden Fällen die gleiche, da hier wie dort die Maßnahme einer anderen Behörde rechtsnormative Voraussetzung für den Erlaß eines bestimmten VAes ist. Da somit die Problemstellung bei beiden Fallgruppen identisch ist, hätte das OVG Lüneburg hinsichtlich der Rechtsnatur von Bescheinigung und Mitwirkungsakt zu gleichen Ergebnissen gelangen müssen. Der Grund für die unterschiedlichen Forderungen, wonach zwar der Bescheinigung, unrichtigerweise aber nicht dem Mitwirkungsakt VA-Qualität beigemessen wird, liegt in der verfehlten Überbetonung des für die Rechtsnatur des Mitwirkungsaktes irrelevanten formellrechtlichen Aspekts des Mitwirkungsverbahls 28).

Z. Vorstehend wurde die Erteilung des Mitwirkungsaktes als VA qualifiziert. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob auch die Versagung des Mitwirkungsaktes die VA-Merkmale aufweist.

Prima facie könnte man geltend machen, die VA-Natur mit der Bindungswirkung der Verweigerung des Mitwirkungsaktes zu begründen²⁹⁾, da im Gegensatz zur Erteilung des Mitwirkungsaktes, welcher keine nennenswerte Wirkung im Hinblick auf den Hauptakt zukommt, bei Versagung der Mitwirkung bereits eine solche besteht, daß der beherrschende Akt nicht abgelehnt werden kann, so daß durch die Verweigerung des Mitwirkungsaktes im Ergebnis schon die Ablehnung des Hauptaktes hinweggenommen wird. Jedoch hat sich bereits im Rahmen der vorstehenden Überprüfung der zur Bestimmung der VA-Qualität des Mitwirkungsaktes herangezogenen Gesichtspunkte die Unmöglichkeit des Kriteriums der Bindungswirkung zur Bestimmung der Rechtsnatur herausgestellt. Da ein Vergleich mit dem Rechts-

28) Der gleiche Fehler unterläuft auch Henning, VerwArch. 3d. 52 (1961), 296 und Peetz, aaO., S. 67.

Bulling, aaO., S. 18, geht demgegenüber zutreffend von einer Gleichstellung beider Fallgruppen aus.

29) So der überwiegende Teil der die VA-Eigenschaft der Versagung des Mitwirkungsaktes bejahenden Stimmen; vgl. hierzu die obigen Ausführungen im 5. Kapitel, III (S. 82, insbesondere Anm. 18).

institut der internen Weisung, welche bindende Wirkung aufweist, obwohl ihr verwaltungsinterner Charakter unbestritten ist, den Befund ergeben hat, daß das Bindungskriterium weder die VA-Qualität noch den verwaltungsinternen Charakter des Aktes der beteiligten Behörde ausschließt.

Die VA-Natur der Versagung des Mitwirkungsaktes ergibt sich aber aus folgender Überlegung. Ebenso wie nicht nur die Erteilung einer beantragten Erlaubnis, sondern auch ihre Verweigerung ein VA ist, muß auch die Versagung eines Mitwirkungsaktes dann ein VA sein, wenn der Mitwirkungsakt im Falle seiner Erteilung ein VA wäre, was wir bereits bejaht haben. Nicht nur die durch die Erteilung des Mitwirkungsaktes bewirkte Änderung der Rechtslage löst unmittelbare Rechtswirkungen für den dadurch Betroffenen aus, sondern auch die in der Versagung des Mitwirkungsaktes liegende Ablehnung einer solchen Rechtsänderung, andernfalls die Ablehnung des Antrag abgelehnt dem Akte überhaupt niemals VA sein könnten¹⁰⁾.

Durch die Versagung des Mitwirkungsaktes büßt die ursprüngliche Kompetenzzuordnung, auf Grund deren die Hauptbehörde nur die ablehnende Entscheidung gegenüber dem Staatsbürger betätigen darf, auch weiterhin bestehen. Die zweite Gruppe der Erlaubnisaktskompetenz der Hauptbehörde im dem Sinne, daß sie sowohl einen positiven als auch einen negativen Hauptakt auszusprechen vermag, ist nicht erfüllt. Die Versagung des Mitwirkungsaktes löst also unmittelbar verwaltbare Rechtswirkungen gegenüber dem Staatsbürger aus, wozu es hierdurch die Möglichkeit insofern besteht, daß ihr entgegengehalten wird, es sei Anspruch auf Erlass des Hauptaktes gegenüber der Hauptbehörde nicht vorhanden, so daß eine verwaltbare Verweigerung des Mitwirkungsaktes weder die Hauptbehörde in der Lage setze, einen positiven oder einen negativen Hauptakt zu erlassen, sondern dem Verwaltungsgegenstand selbst zuzurechnen, der die Hauptbehörde zum Erlaß eines positiven Hauptaktes zu verurteilen.

IV. KEIN RECHTLICHER UNTERSCHIED BEIM ZUSAMMENWIRKEN VON BEHÖRDEN VERSCHIEDENER KÖRPERSCHAFTEN ODER DES GLEICHEN RECHTSTRÄGERS

Es will jetzt auf einen der Vertreter der VA-Theorie eingegangen werden, zwischen dem Zusammenwirken von Behörden verschiedener Körperschaften und von Behörden des gleichen Rechtsträgers zu differenzieren und den VA-Charakter der Mitwirkungsakte vollständig bei der ersten Fallgruppe zu bejahen. Insbesondere das OVG Münster¹¹⁾ vertritt dieser Auffassung zu und nimmt nur dann die VA-Natur

10) In diesem Sinne auch Bachof, DÖV 1957, 243 und Simon, DVBl. 1956, 233 ff.

31) NJW 1954, 526 (528); DÖV 1962, 833.

der Mitwirkungsakte an, wenn die Behörden verschiedener Rechtspersonen des öffentlichen Rechts zusammenwirken. In den Fällen hingegen, in denen die zusammenwirkenden Behörden der gleichen öffentlich-rechtlichen Körperschaft angehören, sollen die behördlichen Mitwirkungsakte nach Meinung des OVG Münster keine VAE darstellen, da es sich hier beim Zusammenwirken "in Wirklichkeit um die Bildung des einheitlich zu denkenden rechtlichen Willens innerhalb der gleichen handelnden Rechtsperson" 32) handele. In diesen Fällen bestehe regelmäßig die Möglichkeit, durch die Entscheidung eines den zusammenwirkenden Behörden übergeordneten Organs eine Klärung auseinandergehender Meinungen und damit eine einheitliche Beurteilung herbeizuführen, wozu auch der betroffene Bürger mit einer Dienstaufsichtsbeschwerde beitragen könne.

Diese Erwägungen vermögen jedoch eine verschiedenartige Behandlung beider Fallgruppen nicht zu rechtfertigen. Abgesehen davon, daß es an einer derartigen gemeinsamen oberen Behörde fehlen kann - wie das z.B. der Fall ist, wenn eine oberste Behörde mit einer anderen obersten Behörde im Einverständnis zu entscheiden hat - ist zu beachten, daß auch dann, wenn die verschiedenen beteiligten Interessen im Wege der Dienstaufsicht aufeinander abgestimmt werden könnten, nach der Rechtsnorm die Entscheidung den zusammenwirkenden Behörden und nicht der übergeordneten Behörde obliegt. Ebenso wie beim Zusammenwirken von Behörden verschiedener Körperschaften ist auch hier das Vorliegen des Mitwirkungsaktes der beteiligten Behörde die rechtsnormativ postulierte, unabdingbare Voraussetzung für die Kompetenz der Hauptbehörde, einen "einstimmigen" positiven Hauptakt zu fassen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß Haupt- und Mitwirkungsbehörde von einer übergeordneten Behörde zu bestimmten hoheitlichen Maßnahmen gezwungen werden können oder daß in anderen Fällen, in denen das Körperschaftsprinzip (z.B. Abs. 1 Nr. 1 S. 1 WVG) anzuwenden ist, der Klage des Staatsbürgers auf Erlass von Haupt- und vorgeschalteten Mitwirkungsakt ausschließlich ein Beklagter in Erscheinung tritt, da Haupt- und Mitwirkungsbehörde der gleichen Körperschaft angehören. Ein einheitlicher Grund in einer einheitlichen Behandlung der Fälle des Zusammenwirkens von Behörden verschiedener Körperschaften und des Zusammenwirkens von Behörden des gleichen Rechtsträgers besteht folglich nicht. 33).

32) NJW 1954, 526 (528).

33) In diesem Sinne auch Baur, DÖV 1965, 106-107; Scharf, DVBl. 1965, 193 (199); Bulling, aaO. S. 65; vgl. auch Fickert, DVBl. 1964, 173 (182).

V. DIE KUNDMACHUNG ALS FOLGE DES INHALTLICH ALS VA ERKANNTEN MITWIRKUNGSAKTES

Haben wir die hier in Rede stehenden Mitwirkungsakte als VAE qualifiziert, so ergibt sich daraus die Folge, daß diese den Betroffenen zugestellt oder in sonstiger Weise eröffnet werden müssen. Das Erfordernis der Kundgabe beruht einmal auf dem Gedanken der Rechtssicherheit, wonach vermeiden werden soll, daß dem Bürger hoheitliche Maßnahmen, die ihm gegenüber rechtserheblich sind, verborgen bleiben und zum anderen auf der rechtsstaatlichen Verpflichtung der Verwaltung, dem Bürger eine sachgemäße Rechtsverfolgung zu ermöglichen ³⁴⁾.

Die umgekehrte Argumentation, wonach den Mitwirkungsakten die VA-Qualität abgesprochen wird, wenn sie den Staatsbürgern nicht gesondert mitgeteilt worden sind, hat sich bereits im Rahmen unserer kritischen Überprüfung der gegen die VA-Natur der Mitwirkungsakte vorgetragenen Gesichtspunkte als unhaltbar erwiesen, da die Kundmachung nicht das Primäre, den VA Bedingende, sondern lediglich die Folge einer inhaltlich als VA erkannten hoheitlichen Regelung ist ³⁵⁾.

Der Mitwirkungsakt kann dem Bürger auf verschiedenen Wegen bekanntgegeben werden. Denkbar ist einmal die Möglichkeit, daß die Hauptbehörde die von der mitwirkungsberechtigten Behörde getroffene Entscheidung dem Bürger bei Bescheidung des gestellten Antrags mitteilt, wobei sie insoweit nur als Bote tätig wird. Eine derartige Bekanntmachung durch eine andere Behörde genügt den Anforderungen der Kundgabe eines VAEs ³⁶⁾. Keinesfalls wird der Mitwirkungsakt dadurch, daß er dem Antragsteller durch die Hauptbehörde übermittelt wird, zu einem eigenen VA der Hauptbehörde ³⁷⁾.

Wird der vorgeschriebene Mitwirkungsakt erfüllt, so tritt ihn die Hauptbehörde in der Weise mit, daß sie den Hauptakt erläßt und damit konkludent zum Ausdruck bringt, daß die normativ vorgeschriebene Voraussetzung der Mitwirkung gegeben ist. Das Vorliegen des - auf Grund eines in den allgemein zugängli-

³⁴⁾ Daraus ergibt sich auch der Begründungszwang; vgl. Marschall, aaO. Anm. 4 zu § 9 (S. 170); Friauf, DÖV 1961, 666 (672 Anm. 76) mit weiteren Nachweisen.

³⁵⁾ Vgl. hierzu die obigen Ausführungen im 4. Kapitel, II (S. 39 ff.).

³⁶⁾ Vgl. OVG Koblenz, AS 3, 105 (107 f.); OVG Hamburg, DÖV 1959, 546 (548) = MDR 1959, 522 (523); Menger, VerwArch. Bd. 50 (1959), 396; Friauf, DÖV 1961, 666 (673); Scheerbarth, aaO. S. 251; Bulling, aaO. S. 132.

³⁷⁾ So im Recht OVG Rheinland-Pfalz, DÖV 1961, 117; Brügge/Manh-Forstner, aaO. Anm. 3 a) bb) zu § 36.

chen Gesetzen, Satzungen oder Rechtsverordnungen niedergelegten Mitwirkungsvorbehalts ergangenen - Mitwirkungsaktes wird also für den einzelnen Bürger in genügendem Maße transparent, so daß der Schutzzweck, dem die Kundmachungsfunktion dienen soll, erfüllt ist³⁸⁾.

Wird hingegen der Mitwirkungsakt versagt, so kann die Entscheidung der Mitwirkungsbehörde in der Weise bekanntgegeben werden, daß die Hauptbehörde in der Begründung ihres Bescheides ausführt, daß und warum der Mitwirkungsakt nicht erteilt wurde³⁹⁾. Zweckmäßigerweise wird die Hauptbehörde den Bürger auch vom Standpunkt ihrer eigenen Erwägungen belehden, wenn auch diese zur Ablehnung führen müßten. Es ist dann eine doppelte Rechtmittelbelehrung gegen die Ablehnung des Mitwirkungsaktes und die Ablehnung des beantragten Hauptaktes erforderlich⁴⁰⁾. Ist demgegenüber die Hauptbehörde geneigt, den Hauptakt zu erlassen und ist sie hieran lediglich durch die Versagung des Mitwirkungsaktes gehindert, so steht nichts entgegen, daß die ablehnende Mitwirkungsentscheidung vor der endgültigen Entscheidung über den Hauptakt von der Hauptbehörde gesondert zugestellt und erst ihre Unanfechtbarkeit abgewartet wird⁴¹⁾. Im Falle einer Versagung des Mitwirkungsaktes ist jedoch auch die Möglichkeit denkbar, daß die ablehnende Mitwirkungsentscheidung - wie es beispielsweise in Rheinland-Pfalz hinsichtlich der ablehnenden Zustimmungsentscheidung nach dem Bundeshaushaltsgesetz schon länger Verwaltungspraxis ist⁴²⁾ - dem Bürger von der mitwirkungsberechtigten Behörde selbst zugestellt wird⁴³⁾.

38) Vgl. Friauf, DÖV 1961, 666 (672).

39) So Friauf, DÖV 1961, 666 (672).

40) Vgl. Scheerbarth, aaO. S. 251; Stich, DVBl. 1963, 193 (198); Fickert, DVBl. 1964, 173 (177); Englert-Mang, aaO. S. 50; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 Anm. IV 1 g.

41) So etwa Stich, DVBl. 1963, 193 (198); a.M. Obermayer, DVBl. 1958, 140 (141).

42) Nach dem Bundesrat des Ministers für Finanzen und Wiederaufbau vom 4. 9. 1962 (Min. Bl. Rheinland-Pfalz Sp. 1127 = BBauBl. 1962, 613), der seinerseits wieder auf den Runderlaß vom 26. 10. 1961 Bezug nimmt, teilt die mittlere Verwaltungsbehörde im Falle der Versagung der Zustimmung diese Entscheidung dem Antragsteller "durch schriftlichen Bescheid selbst mit". So auch Erlaß des Hessischen Ministers des Innern vom 5. 9. 1955 (Hess. Staatsanzeiger 1955, 117), der auf den mit dieser Auffassung übereinstimmenden Erlaß des Hessischen Ministers für Arbeit, Wirtschaft und Verkehr vom 18. 6. 1955 hinweist.

Zustimmend Clasen, NJW 1959, 752 (754) und Bulling, aaO. S. 136.

43) Auf die Zweckmäßigkeit der verschiedenen Kundmachungsfunktionen kommt bei der Behandlung der mit dem Verwaltungsstreitverfahren zusammenhängenden Probleme einzugehen.

7. KAPITEL: UNZULÄSSIGE UMDEUTUNGSVERSUCHE

An dieser Stelle ist auf die Auffassungen verschiedener Autoren einzugehen, die zwar grundsätzlich die VA-Eigenschaft der auf einer Rechtsnorm beruhenden Mitwirkungsakte - allerdings größtenteils mit Begründungen, die von der hier entwickelten Lösung abweichen ¹⁾ - bejahen, die jedoch weitreichende Einschränkungen in zweierlei Weise vornehmen:

Einmal wird auch dann, wenn der Mitwirkungsvorbehalt expressis verbis die Übereinstimmung zwischen Haupt- und Mitwirkungsbehörde zum Erlaß des Hauptaktes vorschreibt ²⁾, der Hauptbehörde unter bestimmten Voraussetzungen die Berechtigung eingeräumt, den Akt der mitwirkungsberechtigten Behörde sachlich nachzuprüfen und sich gegebenenfalls darüber hinwegzusetzen. Der Mitwirkungsakt wird in diesen Fällen also in eine nur gutachtliche Stellungnahme umgedeutet.

Die zweite Einschränkung der VA-These liegt darin, daß einzelne Mitwirkungsvorbehalte, die in Gesetzen, Satzungen oder Rechtsverordnungen enthalten sind, unter bestimmten Voraussetzungen als bloße Organisationsnormen (Verwaltungsvorschriften) qualifiziert werden, welche für den Bürger und für das von ihm angerufene Verwaltungsgericht irrelevant sind. Das bedeutet aber in diesen Fällen eine Leugnung der VA-Natur der Mitwirkungsakte mangels rechtlicher Außenwirkung.

1. DER VERSUCH EINER UMDEUTUNG DES MITWIRKUNGSAKTES IN EIN BLOSSES GUTACHTEN

Die Ansicht, wonach ein Mitwirkungsakt, der auf Grund eines ausdrücklich die Übereinstimmung zwischen Haupt- und Mitwirkungsbehörde vorschreibenden Mitwirkungsvorbehalts ergeht, unter gewissen Voraussetzungen lediglich als eine von der Hauptbehörde nachprüfbare gutachtliche Äußerung der beteiligten Behörde angesehen ist, wird hauptsächlich von Erkauf ³⁾ vertreten. Er unterscheidet zwischen Mitwirkungs-vorschriften von "materiell-rechtlicher" und denen von nur "formal-verfahrens-rechtlicher" Bedeutung. Im ersteren Falle billigt er dem Mitwirkungsakt VA-Qualität zu ⁴⁾. Im zweiten Falle hingegen verneint er jede rechtliche

1) Vgl. die eingehende Kritik dieser fehlgehenden Begründungsversuche im 5. Kapitel S. 77 ff.

2) Nach allgemeiner Terminologie; Mitwirkungsakte bei erforderlicher Übereinstimmung der zusammenwirkenden Behörden.

3) DÖV 1961, 666 (668).

4) Insofern unter, die der sich seine Meinung also wesentlich von demjenigen Auffassung get, daß die VA-Natur der Mitwirkungsakte grundsätzlich abzulehnen

Außenwirkung der Mitwirkungsentscheidung. Hier werde die Mitwirkung lediglich als rechtstechnisches Mittel verwendet, welches einer interessierten Fachbehörde die Möglichkeit gebe, der zur eigentlichen Entscheidung berufenen Stelle "beratend" zur Seite zu stehen, ohne deren eigenes Prüfungsrecht zu beeinträchtigen⁵⁾. Es handele sich in diesem Falle bei der Mitwirkung ihrem sachlichen Gehalt nach nicht um eine "Zustimmung" (oder generell nach unserer Terminologie: um einen Mitwirkungsakt bei erforderlicher Übereinstimmung), sondern um ein Gutachten. Da das Gutachten der mitwirkungsberechtigten Behörde die Entscheidungsfreiheit der Hauptbehörde unangetastet lasse, greife es nicht in den Rechtskreis des Bürgers ein. Es regle keinen Einzelfall auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, sondern bereite die der Hauptbehörde obliegende Regelung lediglich in unverbindlicher Weise vor.

Friauf geht allerdings nicht näher auf die Frage ein, wann ein Mitwirkungsverhalten materiell-rechtliche und wann er nur formal-(verfahrens-)rechtliche Bedeutung haben soll. Er verweist auf die schwankende Terminologie, die eine genaue Analyse jeder einzelnen Mitwirkungs Vorschrift erforderlich mache, bei der es, da die grammatikalische Auslegung in dieser Frage kaum je zum Ziele führe, entscheidend auf Sinn und Zweck der jeweiligen Bestimmung ankomme⁶⁾.

5) Unter Bezugnahme auf BVerwG, DÖV 1959, 61 = NJW 1959, 590.

6) Friauf beruft sich insbesondere auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urt. vom 29.6.1954, E 1, 169 (170 f.) = DÖV 1954, 664 f. = NJW 1954, 1662; Urt. vom 10.5.1955, E 2, 95 (98 f.) = NJW 1955, 1530 (1532); Urt. vom 10.7.1958, DÖV 1959, 61 (62) = NJW 1959, 590) und des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg (Urt. vom 10.1.1957, DÖV 1958, 908 = DVBl. 1958, 138 (139)), wo die Mitwirkungsakte ebenfalls in bloße Gutachten umgedeutet werden.

Er erkennt jedoch, daß das BVerwG in den beiden zitierten älteren Entscheidungen vom 29.6.1954 und vom 10.5.1955 ebenso wie das OVG Lüneburg in der herangezogenen Entscheidung vom 10.1.1957 den Mitwirkungsakt deshalb als bloße Stellungnahme ohne verbindlichen Rechtscharakter ansehen, weil die Hauptbehörde die Verantwortung für ihre Entscheidung nur tragen könne, wenn sie in eigener Verantwortung prüfe, ob die von ihr zu treffende Entscheidung mit dem Gesetz in Einklang stehe. Das Argument der Verantwortlichkeit der Hauptbehörde für die eigene Entscheidung, welches oben bereits eingehend kritisiert und widerlegt wurde (4. Kapitel, V. 1 - S. 58 ff.), läuft aber auf eine ausschließliche Verneinung der VA-Qualität aller Mitwirkungsakte hinaus, während Friauf hingegen "grundsätzlich" deren VA-Qualität bejaht.

Die Bezugnahme geht also insoweit fehl.

Einschlägig ist im Zusammenhang mit Friaufs Argumentation lediglich

Es liegt auf der Hand, daß mit einem derartigen Lösungsvorschlag die Praxis überfordert und eine erhebliche Rechtsunsicherheit in der Beurteilung der Rechtsnatur der behördlichen Mitwirkungsakte heraufbeschworen wird. Abgesehen davon erscheint der Versuch, den Mitwirkungsakt, der auf Grund einer Übereinstimmung der zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden vorschreibenden Mitwirkungsverbahalts ergeht, unter bestimmten Voraussetzungen zu einem bloßen Gutachten "aufzuweichen", auch aus anderen Gründen als ein fragwürdiges Unterfangen⁷⁾. Es ist bereits in anderem Zusammenhang⁸⁾ darauf hingewiesen worden, daß vor allem aus Gründen der Rechtssicherheit der Text einer Rechtsnorm den entscheidenden Anhaltspunkt für den verbindlichen Normsinn ergeben muß, womit freilich nicht einer reinen Textinterpretation das Wort geredet werden soll. Fügt der Normgeber einen Rechtsbegriff unserer ersten Fallgruppe (z. B. Einvernehmen, Zustimmung, Vorschlag, Zuständigkeitsfeststellung usw.) in die Rechtsnorm ein, so bringt er damit klar und eindeutig zum Ausdruck, daß zum Erlaß des Hauptaktes die Übereinstimmung zwischen Haupt- und Mitwirkungsbehörde erforderlich

Fortsetzung der Fußnote 6) von Seite 111

das Urteil vom 10. 7. 1958 (DÖV 1959, 61 (62), in dem das BVerwG von seiner ausschließlichen Ablehnung der VA-Natur der Mitwirkungsakte abrückt, indem er in der Urteilsgründen folgende, seither häufig zitierte Einschränkung seiner im konkreten Fall die VA-Qualität des Mitwirkungsaktes ablehnenden Auffassung macht: "Bindet das Gesetz eine Behörde bei dem Erlaß eines VAs an die Zustimmung einer anderen Behörde und hat dieses Mitwirkungsrecht derart selbständige Bedeutung, daß der Behörde, der das Widerspruchsrecht eingeräumt ist, die ausschließliche Wahrnehmung bestimmter Aufgaben und die alleinige Geltendmachung besonderer Gesichtspunkte übertragen ist, so mag sich auch die Entschließung der mitwirkungsberechtigten Behörde als selbständig anfechtbarer VA darstellen."

Nach den beiden jetzt zu § 9 Abs. 2 BFStrG vorliegenden Urteilen vom 28. 5. 1963 - I C 247, 58 - DVBl. 1963, 815 ff. = NJW 1963, 2088 ff. = BayVBl. 1964, 51 ff. und I C 99, 59 - BayVBl. 1964, 49 ff. sieht es aber so aus, als habe das BVerwG diese Einschränkung wieder aufgegeben und sich - wie bereits in seinen älteren Entscheidungen, allerdings mit anderer Begründung - wiederum ausschließlich für den verwaltungsinternen Charakter der Mitwirkungsakte entschieden. Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht wurde bereits dargetan (vgl. 4. Kapitel, VIII - S. 70 ff.).

Es mag als vorgegriffene Hypothese eingeschoben sein, daß in den Fällen, in denen der Mitwirkungsverbahalt einen "Mitwirkungsakt bei nicht erforderlicher Übereinstimmung der zusammenwirkenden Behörden (2. Fallgruppe, wozu auch das Gutachten gehört)" vorschreibt, die Mitwirkung lediglich einen verwaltungsinternen Vorgang darstellt.

8) Vgl. obige Ausführungen im 4. Kapitel, IV (S. 47 f.).

ist. Nach dem (selbstverständlich juristisch interpretierten) Wortlaut ist in diesem Falle entgegen Friaurf nur ein bestimmtes Auslegungsergebnis zulässig: Der vorgeschriebene positive Mitwirkungsakt ist eine unabdingbare Voraussetzung für den Erfaß des Hauptaktes. Über eine negative Stellungnahme der mitwirkungsberechtigten Behörde darf sich die Hauptbehörde nicht - wie das bei einem Gutachten möglich wäre - hinwegsetzen⁹⁾. Daß sich der Normautor (Gesetzgeber usw.) der begrifflichen Unterscheidung zwischen einem Mitwirkungs vorbehalt, der die Übereinstimmung vorschreibt (z.B. Einvernehmen) und einer Mitwirkungs vorschrift, die lediglich dazu dient, eine Beurteilungsgrundlage für die Hauptbehörde zu schaffen, ohne deren eigenes Prüfungs- und Entscheidungsrecht zu beeinträchtigen (z.B. Gutachten - mit der daraus folgenden verschiedenartigen rechtlichen Handhabung auch bewußt ist, zeigen deutlich die vielen Bestimmungen, in denen Mitwirkungsformen beider Fallgruppen mit unterschiedlicher Verwendung nebeneinander- bzw. einander gegenübergestellt worden sind¹⁰⁾.

Nach allem führt dies zu dem Ergebnis, daß als Auslegungsregel von einer gleichmäßigen, dem Wortlaut entsprechenden Verwendung der Rechtsbegriffe, die klar und eindeutig die Übereinstimmung der zusammenwirkenden Behörden beim Erfaß des Hauptaktes vorschreiben, ausgegangen werden muß und das ein auf Grund eines derartigen Mitwirkungs vorbehalts ergangener Mitwirkungsakt nicht entgegen dem klaren Wortlaut in eine bloße gutachtliche Äußerung, welche die Entscheidungskompetenz der Hauptbehörde nicht beeinträchtigt, umgedeutet werden kann; denn für die Annahme einer Bedeutungsdivergenz der hier in Rede stehenden Rechtsbegriffe - wonach z.B. der auf Grund des Mitwirkungs vorbehalts der Zustimmung ergangene Mitwirkungsakt das eine Mal dem Wortlaut entsprechend - richtigerweise - als Zustimmung das andere Mal als bloßes Gutachten aufzufassen ist - fehlen jegliche Anhaltspunkte¹¹⁾.

9) Das darf allerdings nicht zu dem bereits kritisierten Trugschluß verleiten, daß die Hauptbehörde bei einem positiven Mitwirkungsakt ebenfalls positiv entscheiden müsse, also den positiven Hauptakt nicht mehr ablehnen könne, denn hat sich bei der Ablehnung bei sehr in der Regel keine Mitwirkungs voraussetzung; vgl. 5. Kapitel, III (S. 84 insbesondere Anm. 31).

10) Vgl. beispielsweise Art. 108 GG (Einvernehmen, 1. Fallgruppe; vgl. 2. Kapitel, II, 1, S. 12 ff.) und Benehmen (2. Fallgruppe; vgl. 2. Kapitel, II, 2, S. 19 ff.); § 37 Abs. 2 BBauG; Einvernehmen, Zustimmung (1. Fallgruppe) und Benehmen (2. Fallgruppe).

11) In diesem Sinne auch Fickert, DVBl. 1964, 173 (174); Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (724 und 730); Bachof, BVerwG, S. 59.

II. DER VERSUCH EINER UMDEUTUNG EINZELNER IN GESETZEN, SATZUNGEN ODER RECHTSVERORDNUNGEN ENTHALTENEN MITWIRKUNGSVORBEHALTE IN BLOSSE VERWALTUNGSVORSCHRIFTEN

Auf Obermayer ¹²⁾ geht der Versuch zurück, bei grundsätzlicher Bejahung der VA-Qualität der Mitwirkungsakte einzelne in Gesetzen, Satzungen oder Rechtsverordnungen enthaltene Mitwirkungsvorschriften, die die Übereinstimmung zwischen Haupt- und Mitwirkungsbehörde beim Erlaß des Hauptaktes vorsehen, unter bestimmten Voraussetzungen in bloße Organisationsnormen (Verwaltungsvorschriften) umzu-
deuten und ihnen auf diesem Wege jede rechtliche Relevanz hinsichtlich des Bürgers und des von ihm angerufenen Verwaltungsgerichts abzusprechen ¹³⁾.

Der dogmatische Ausgangspunkt dieser Lehre ist die Frage, welche Bedeutung die dem Mitwirkungsakt zugrunde liegende Vorschrift aufweist. Handelt es sich um einen Rechtsatz, so wird die VA-Eigenschaft des Mitwirkungsaktes behauptet ¹⁴⁾. Kommt dem Mitwirkungsvorbehalt jedoch nur die Qualität einer Verwaltungsvorschrift zu, so wird die Auffassung vertreten, daß die Rechtmäßigkeit des Hauptaktes mangels rechtlicher Relevanz des Mitwirkungsvorbehalts in der Außenwelt nicht davon abhängt, ob die Mitwirkungsbehörde überhaupt tätig geworden sei und in welcher Weise sie Stellung genommen habe. Dem Mitwirkungsakt fehle demnach jede rechtliche Außenwirkung, so daß er in diesem Falle nicht als VA anzusehen sei ¹⁵⁾.

Die Frage, ob die auf einer Verwaltungsvorschrift beruhenden Mitwirkungsakte VA-Charakter aufweisen oder nur verwaltungsinterne Vorgänge sind, soll uns an anderer Stelle beschäftigen. In diesem Zusammenhang ist es lediglich von Belang, ob sich die Behauptung aufrechterhalten läßt, wonach "unter bestimmten Voraussetzungen" einzelne Mitwirkungsvorbehalte, die in Gesetzen, Satzungen oder Rechts-

12) VA, S. 132 ff.; DVBl. 1958, 140 ff. Auch Friauf, DÖV 1961, 666 (668), hält diesen Weg neben dem der Umdeutung des Mitwirkungsaktes in ein bloßes Gutachten für gangbar. Vgl. weiterhin: Heitzer, aaO. S. 38 f.; Bulling, aaO. S. 47 f.

13) Als Beleg für die Behauptung, daß Verwaltungsvorschriften auch in Gesetzen oder Rechtsverordnungen enthalten sein können, wird von den Vertretern der "Umdeutungstheorie" auf Otto Mayer, Verwaltungsrecht I, S. 67; Fleiner, aaO. S. 65 f.; Jacobi, aaO. S. 259; Forsthoff, aaO. S. 129 verwiesen.

14) Zumindest die VA-Eigenschaft der Versagung des Mitwirkungsaktes, vgl. hierzu: 5. Kapitel, III (S. 82).

15) Eingehend Obermayer, VA, S. 132; DVBl. 1958, 140 (141); Friauf, DÖV 1961, 666 (668).

verordnungen enthalten sind, als bloße Verwaltungsvorschriften angesehen werden können.

Nach der Auffassung von Obermayer ist ein förmliches Gesetz bzw. eine auf einer gesetzlichen Grundlage beruhende, ordnungsgemäß verkündete Rechtsverordnung nur ein gewisses Indiz, aber kein untrüglicher Beweis dafür, daß eine Mitwirkungsvorschrift einen in den Rechtskreis von Personen eingreifenden Rechtssatz darstellt. Vielmehr komme es darauf an, im Wege einer zweckbestimmten Auslegung den jeweiligen Sinngehalt der fraglichen Bestimmung zu ermitteln¹⁶⁾. Obermayer versucht der oft schwer zu entscheidenden Frage, ob ein Rechtssatz oder nur eine Organisationsnorm (Verwaltungsvorschrift) vorliegt, mit zwei Abgrenzungskriterien Herr zu werden. Als Rechtssatz wertet er die in Gesetz, Satzung oder Rechtsverordnung enthaltene Mitwirkungsvorschrift dann, wenn die Mitwirkungsbehörde

- a) durch ihre Mitwirkung allein Rechtsvorschriften anzuwenden hat, die ausschließlich ihrer Würdigung¹⁷⁾ unterliegen oder aber
- b) zusammen mit der formell nach außen handelnden Behörde - als sachlich gleichberechtigter Partner - Rechtsvorschriften zu vollziehen hat¹⁸⁾.

Bei Untersuchung des ersten Abgrenzungsmerkmals zwischen Rechtssatz und Verwaltungsvorschrift fällt auf, daß es in etwas anderer Formulierung den gleichen Gesichtspunkt enthält, den das Bundesverwaltungsgericht¹⁹⁾ und sich ihm anschließend Friat²⁰⁾ zur Abgrenzung des Mitwirkungsaktes bei erforderlicher Übereinstimmung (z.B. Zustimmung) von der - vorz. entgegenstehenden Wortlauts - nur gutachtlichen Äußerung der mitwirkungsberechtigten Behörde verwenden, und der in weitestehenden Wendungen und Zusparzungen mehr oder minder deutlich auch in anderen Stellungnahmen der Rechtsprechung und Literatur an-

16) Vgl. VA, S. 132; DVBl. 1956, 674 f.; DVBl. 1958, 140; ebenso Bulling, aaO. S. 47, 89.

17) Als Indiz hierfür wird die Bindung der Mitwirkungsbehörde an besondere, genau bestimmte, vorherbestimmte Voraussetzungen angesehen (vgl. Obermayer, VA, S. 132 ff.; DVBl. 1958, 140 (141 r. Sp.)).

18) Vgl. DVBl. 1958, 140 (141 l. Sp.); ähnlich auch Bulling, aaO. S. 66 ff. 73 ff.

19) In seinem Urteil vom 10.7.1958, DÖV 1959, 61 = NJW 1959, 590; danach liegt kein Gutachten, sondern ein Zustimmungssatz - bzw. generell ein Mitwirkungsakt bei erforderlicher Übereinstimmung - vor, wenn dem Mitwirkungsrecht der Mitwirkungsbehörde "derart selbständige Bedeutung zukommt, daß ihr die ausschließliche Wahrnehmung bestimmt erhaltener und die alleinige Geltendmachung besonderer Interessen zugeordnet ist".

20) DÖV 1961, 666 (668 f.).

klings²¹⁾. Mit Hilfe dieses Gesichtspunktes gelangen beide Seiten zu gleichen Ergebnissen; jedoch werden diese Ergebnisse auf verschiedenen Wegen erreicht. Während nämlich einerseits die VA-Natur gewisser Mitwirkungsakte deshalb bejaht wird, weil es sich bei der Mitwirkung nicht um bloße gutachtliche Äußerungen, sondern um Mitwirkungsakte bei erforderlicher Übereinstimmung handle, wird andererseits die VA-Qualität eines bestimmten Mitwirkungsaktes deshalb anerkannt, weil er nicht auf einer bloßen Verwaltungsvorschrift, sondern auf einem Rechtssatz beruhe. Dies führt zu der verblüffenden Feststellung, daß beide Auffassungen den gleichen Gesichtspunkt²²⁾ heranziehen, um zwei völlig verschiedenartige, nicht miteinander vereinbare Lösungswege zu beschreiten²³⁾.

Bei dem zweiten von Obermayer vorgeschlagenen Abgrenzungskriterium zwischen Rechtssatz und Verwaltungsvorschrift wird auf das Erfordernis der "ausschließlichen" Würdigung bestimmter Gesichtspunkte durch die Mitwirkungsbehörde verzichtet und auf den sachlich gleichberechtigten Vorrang der Rechtsvorschriften

21) Vgl. beispielsweise; OVG Hamburg, DÖV 1959, 346 (349); OVG Rheinland-Pfalz, DÖV 1961, 117 (118); OVG Münster, DÖV 1960, 354 (355); OVG Münster, DÖV 1960, 833 (834); Nedden, DOV 1959, 503 (528); Mang, SavVBl. 1959, 82; Schuegraf, DVBl. 1961, 354 (356); ders., NJW 1961, 1956 (1957); Wagener, DVBl. 1962, 737 (739).

22) Diese Koinzidenz ist in Literatur und Rechtsprechung bisher erstaunlicherweise nicht beachtet worden.

23) Der Unterschied zwischen beiden Lösungsmethoden zeigt sich besonders darin, daß bei der Umdeutung eines Mitwirkungsaktes (bei erforderlicher Übereinstimmung) in ein bloßes Gutachten die Mitwirkung - im Gegensatz zur Lösungsmethode, wonach bestimmte in Gesetz, Satzung oder Rechtsverordnung enthaltene Mitwirkungsvorbehalte in bloße Verwaltungsvorschriften umgedeutet werden - auch im Außenverhältnis notwendig ist, weil sie durch eine Rechtsnorm verlangt wird; vgl. BVerwG, DÖV 1959 61 = NJW 1959, 590; Friauf, DÖV 1961, 666 (669).

All die er Heterogenität der beiden Lösungsmethoden (wobei der Weg der Umdeutung des Mitwirkungsaktes in ein Gutachten sich bereits als ungangbar erwiesen hat) zeigt sich aber auch deutlich die dogmatische Schwäche in der Auffassung Friaufs, DÖV 1961, 666 (668 f.), wonach es bei Vorliegen des gleichen Gesichtspunktes sowohl Mitwirkungsvorbehalte gebe, die als bloße Verwaltungsvorschriften, als auch solche, die als Anordnung einer nur im verbindlichen gutachtlichen Äußerung anzusehen seien. Im Grunde handelt es sich hier um eine *concordantia discordantium*. Mit dem und demselben Gesichtspunkt lassen sich nicht zwei miteinander unvereinbare Lösungswege begründen.

durch die Mitwirkungsbehörde zusammen mit der Hauptbehörde abgestellt. Durch die Eliminierung des Merkmals der "Ausschließlichkeit" der Wahrnehmung bestimmter Aufgaben ähnelt das zweite Abgrenzungskriterium Obermayers stark der von Frischmann-Weingart²⁴⁾ für die Annahme der VA-Natur von Mitwirkungsakten aufgestellten Voraussetzung, wonach die Mitwirkungsbehörde "ganz bestimmte Belange" wahrnehmen müsse, während es auf die "Ausschließlichkeit" der Interessenwahrnehmung nicht ankomme. In der Tat enthält die Auffassung, welche die ausschließliche Wahrnehmung bestimmter Aufgaben durch die Mitwirkungsbehörde als Voraussetzung für die VA-Eigenschaft der Mitwirkungsakte ansieht, keinen rechtlich relevanten Gesichtspunkt. Es kann für die Rechtsnatur der Mitwirkungsakte nicht von Bedeutung sein, ob die Mitwirkungsbehörde allein Rechtsvorschriften anzuwenden hat, die ausschließlich ihrer Würdigung unterliegen oder ob daneben die Hauptbehörde dieselben Rechtsvorschriften vollziehen und von ihrer Sicht aus dieselben Erwägungen wie die Mitwirkungsbehörde anstellen muß. Jedoch begegnet auch das modifizierte, nicht mehr auf dem Gedanken der Ausschließlichkeit beruhende Abgrenzungskriterium erheblichen Bedenken. Es ist kein einleuchtender Grund ersichtlich, warum der Mitwirkungsakt nur dann ein VA sein soll, wenn sich das Recht der Mitwirkungsbehörde auf die Wahrnehmung "ganz bestimmter Belange" beschränkt. Naheliegender erscheint vielmehr der gegenläufige Schluß, das die bei der Wahrnehmung ganz bestimmter Belange durch die Mitwirkungsbehörde anzunehmende VA-Qualität des Mitwirkungsaktes es recht zu bejahen ist, wenn die Mitwirkungsbehörde nicht nur einzelne Gesichtspunkte, sondern zusammen mit der Hauptbehörde alle Voraussetzungen des Hauptaktes zu prüfen hat (*argumentum a fortiori*).

Die hier vertretene Auffassung, wonach der Rechtssatzcharakter der in Gesetzen, Satzungen oder Rechtsverordnungen enthaltenen Mitwirkungsvorschriften und damit die VA-Qualität der auf Grund dieser Mitwirkungsvorbehalte ergangenen Mitwirkungsakte auch dann vorliegt, wenn der Mitwirkungsbehörde nicht nur die Wahrnehmung ganz bestimmter Belange übertragen worden ist, sondern ein Prüfungsrecht im gleichen Umfange wie der Hauptbehörde zusteht, wird auch nicht durch die von Obermayer vorgebrachten Zweckmäßigkeitserwägungen erschüttert. Danach soll eine Norm, welche die Mitwirkung der höheren Verwaltungsbehörde zum Erlaß eines Hauptaktes der unteren Verwaltungsbehörde vorsieht, lediglich organisatorischen Charakter haben und deshalb als bloße Verwaltungsvorschrift anzusehen sein; denn es sei nicht einzusehen, warum innerhalb einer Behördenorganisation verschiedene mit der gleichen Ressortaufgabe bedachte Stellen mit Außenwirkung an einem VA beteiligt sein sollten. Die Aufspaltung einer Kompetenz im Verhältnis zu den betroffenen Personen sei hier wenig sinnvoll²⁵⁾.

24) DÖV 1962, 721 (724 und 731).

25) DVBl. 1958, 140; ähnlich argumentiert auch Bulling, aaO. S. 86.

- Forts. siehe Seite 118

Entgegen Obermayer entbehrt die Mitwirkung als Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit des Hauptaktes auch dann nicht der Zweckmäßigkeit, wenn die höhere Verwaltungsbehörde (Mitwirkungsbehörde) keine gegenüber der unteren Verwaltungsbehörde (Hauptbehörde) sachlich verschiedenartige Prüfungskompetenz besitzt, sondern von ihrer Sicht aus dieselben Erwägungen wie die untere Verwaltungsbehörde anzustellen hat. Auf Grund einer derartigen doppelten Kontrolle durch die untere und höhere Verwaltungsbehörde wird gewährleistet, daß die besonderen überörtlichen Erfahrungen der höheren Verwaltungsbehörde zur Geltung kommen, was insbesondere auch im Interesse einer einheitlichen Handhabung der betreffenden Rechtsnorm liegt.

Aber selbst wenn die Anordnung einer Mitwirkung mit rechtlicher Relevanz in der Außenwelt als unvernünftig erschiene, könnte man dem Mitwirkungsvorbehalt nicht einfach durch die Umdeutung in eine bloße Verwaltungsvorschrift jede Außenwirkung absprechen. Eine solche Handhabung liefe im Ergebnis darauf hinaus, daß sich das Verwaltungsgericht - nicht die Hauptbehörde, da diese auch an Verwaltungsanordnungen gebunden ist - über die Entscheidung des Normgebers mit der Begründung hinwegsetzen könnte, der Mitwirkungsvorschrift gehe der Rechtssatzcharakter ab. Durch ein derartiges Umdeutungsrecht wäre das Verwaltungsgericht in der Lage, seiner Auffassung von dem, was vernünftig ist, Vorrang vor der rechtsnormativen Regelung zuzuerkennen; eine solche Befugnis würde aber eine Verschiebung der Kompetenzverteilung zwischen Rechtsnormgeber/Rechtsnorm auf der einen und Verwaltungsgericht auf der anderen Seite implizieren. Auch das Bundesverwaltungsgericht²⁶⁾ hat die Frage, ob gesetzliche Bestimmungen²⁷⁾ immer Rechtssatzcharakter haben müssen oder

Fortsetzung der Fußnote 25) von Seite 117

Aufschlußreich sind auch die Ausführungen Obermayers, VA, S. 133 f., zur Mitwirkungsvorschrift des § 57 Abs. 4 GewO a.F., die er als Verwaltungsvorschrift ansieht. Zwar spreche hier, so führt Obermayer aus, für einen Rechtssatz die Überlegung, daß es im Interesse der allgemeinen gewerblichen Sicherheit und Ordnung angebracht sein könnte, die Erteilung des Wandergewerbescheins in dem besonderen Falle des § 57 Abs. 4 GewO a.F. zu ihrer Wirkung nach außen noch von der besonderen aufsichtlichen Zustimmung abhängig zu machen. Jedoch müsse dieser Erwägung die Frage entgegengehalten werden, warum dann nicht gleich die Zuständigkeit der höheren Verwaltungsbehörde für die Erteilung bzw. Versagung des Wandergewerbescheins Hauptaktes selbst begründet worden sei.

26) Urt. vom 4.11.1960, E 11, 195 (199 f.) = DÖV 1961, 302 (303 f.) = DVBl. 1961, 286 (289).

27) Das gleiche gilt auch für auf gesetzlicher Grundlage beruhende, ordnungsgemäß verkündete Rechtsverordnungen und autonome Satzungen.

ob sie, trotz der Gesetzesform, "möglicherweise nur die Eigenschaft von Verwaltungsanordnungen" haben können, die zwar die Behörden binden, auf deren Mißachtung sich der Bürger aber nicht berufen kann²⁸⁾, im ersteren Sinne zumindest für den Fall entschieden, daß "die gesetzlichen Vorschriften - und sei es neben anderen Zielsetzungen - auch den Belangen des Betroffenen dienen". Darüber hinaus hat Bachof²⁹⁾ die Frage, ob Verwaltungsvorschriften auch in Gesetzen enthalten sein können, schlechthin verneint. Mit Recht wirft er der entgegengesetzten Auffassung vor, sie bewege "sich hier noch in den Denkkategorien des Verfassungsrechts der konstitutionellen Monarchie mit seiner Entgegensetzung von "materiellem" und "formellem" Gesetz - einer Unterscheidung, die dem ausgesprochen politischen Ziel einer "Abgrenzung der Kompetenz der constitutionellen Gesetzgebung von der Verordnungs- und Verfügungsgewalt der Regierung"³⁰⁾ diene, d.h. der letzteren einen gesetzesfreien Raum vorbehalten sollte"³¹⁾.

Aus dieser zutreffenden Kritik Bachofs und den vorherigen bereits dargelegten Überlegungen gewinnen wir die Erkenntnis, daß die VA-Qualität der Mitwirkungsakte nicht mit der Begründung verneint werden kann, einer in einem Gesetz, einer autonomen Satzung oder einer Rechtsverordnung enthaltenen Mitwirkungs-vorschrift fehle die verpflichtende Kraft objektiven Rechts³²⁾. Zusammenfassend

28) Im konkreten Fall handelt es sich um das nach § 15 ArbGG erforderliche Einvernehmen zwischen Justizverwaltung und Arbeitsverwaltung zu einem Hoheitsakt der Arbeitsverwaltung.

29) BVerwG, S. 246.

30) So Georg Jellinek, aaO. S. 254.

31) Vgl. Bachof, BVerwG, S. 246 mit Hinweis auf Jesch, Gesetz, passim.

32) Die von der gegenteiligen Auffassung zitierten Stellen (vgl. oben S. 114, Anm. 13) lassen keineswegs so eindeutig den Schluß auf die Möglichkeit einer Umdeutung der Mitwirkungs-vorschrift in eine bloße Verwaltungsanordnung zu, wie dies von Obermayer, Friauf, Heitzer und Bulling (vgl. oben, S. 114, Anm. 12) angenommen wird.

So führt Otto Mayer, Verwaltungsrecht I, S. 66 Anm. 4 aus: "Sind sie [schl.: die zu qualifizierenden Bestimmungen] in Form eines Gesetzes erlassen, so ist im Zweifel auch gemeint, daß sie das werden sollen." Ebenso Jacobi, aaO. S. 259: "Im Zweifel wird man aus der Aufnahme einer Bestimmung in ein Gesetz, eine Rechtsverordnung oder autonome Satzung den Schluß ziehen, daß die Bestimmung nicht als Verwaltungsvorschrift, sondern als Rechtssatz gemeint ist."

Vgl. auch Haenel, aaO. S. 245 f., welcher ausführt, daß die Verwaltungsvorschrift durch die Aufnahme in ein Gesetz eine fundamentale Veränderung ihrer Natur erfahre; sie werde Rechtssatz.

Schließlich sei auf Laband, aaO. S. 183, hingewiesen: "... wenn die

Ist also festzustellen, daß die auf einer Rechtsnorm beruhenden Mitwirkungsakte nicht nur grundsätzlich, sondern ausnahmslos VAe sind ³³⁾; denn es ist weder eine Umdeutung einzelner Mitwirkungsakte, die auf Grund von die Übereinstimmung der zusammenwirkenden Behörden vorschreibenden Mitwirkungsvorbehalten ergangen sind, in nur gutachtliche Stellungnahmen zulässig, noch können bestimmte in einem Gesetz, einer Satzung oder Rechtsverordnung enthaltene Mitwirkungsvorschriften als bloße Verwaltungsanordnungen gewertet werden.

8. KAPITEL: DIE AUF EINER VERWALTUNGSVORSCHRIFT BERUHENDEN MITWIRKUNGSAKTE

I. BEURTEILUNG UNTER ZUGRUNDELEGUNG DER TRADITIONELLEN LEHRE VON DER VERWALTUNGSVERORDNUNG

Hat sich die These einer Umdeutung von in Gesetzen, Satzungen oder Rechtsverordnungen enthaltenen Mitwirkungsvorbehalten in bloße Verwaltungsvorschriften als unhaltbar erwiesen, so werden wir doch einer Auseinandersetzung mit den Fragen, die das durch Verwaltungsverordnungen angeordnete Zusammenwirken verschiedener Verwaltungsbehörden betreffen, nicht entgehen. Es sind nämlich - auch in der Praxis anzutreffende - Fälle denkbar, wonach die Überein-

Fortsetzung der Fußnote 32) von Seite 119

Form des Gesetzes angewendet wurde und der Inhalt als Rechtsvorschrift wirksam sein kann, so ist anzunehmen, daß er auch Rechtsvorschrift sein soll, denn man muß davon ausgehen, daß die Form dem Inhalt adäquat ist."

Das Verlegen der VA-Kriterien wurde bereits im 6. Kapitel (S. 95 ff.) nachgewiesen.

Z.B. Ziffer 26 Satz 1 des Rundlasses des Reichsarbeitsministers über den Anbau an Verkehrsstraßen (Anbauerlaß) vom 8.9.1936 (RABl. I S. 261), bei dem es sich um eine Verwaltungsanweisung handelt (so h. M.; vgl. Stecher, DÖV 1960, 374 (375 Anm. 4) mit Nachweisen), die auch nach Inkrafttreten des Grundgesetzes fortgilt (vgl. Stecher, DÖV 1960, 374 (376 Anm. 1) mit Nachweisen). "Vor Erteilung einer Ausnahme sind die beantragte von der Genehmigungsbefähigung der höheren Verwaltungsbehörde zur Zustimmung vorzulegen."

stimmung zwischen Haupt- und Mitwirkungsbehörde durch eine Mitwirkungsvorschrift angeordnet wird, die nicht in einem Gesetz enthalten ist, sondern im Wege einer "Verwaltungsverordnung" erlassen wurde. Hier werden wir erneut mit dem Problem konfrontiert, ob es sich bei den Mitwirkungsakten um VAe oder um bloße Verwaltungsinterna handelt.

Legen wir unserer Untersuchung die überkommene Lehre zugrunde, wonach Verwaltungsverordnungen ²⁾ in der Außenwelt völlig irrelevant sind, so ist die VA-Qualität der Mitwirkungsakte zu verneinen. Die fehlende unmittelbare Außenwirkung der Mitwirkungsakte ergibt sich in diesem Falle ohne Schwierigkeit daraus, daß nach der historisch-konventionellen Auffassung erstens Verwaltungsvorschriften im Gegensatz zu Rechtsnormen den Richter nicht binden und daß zweitens die Verletzung einer Verwaltungsvorschrift keine Rechtsverletzung darstellt; eine Verwaltungsbehörde kann also Verwaltungsvorschriften "durchbrechen", ohne damit die Folge der Rechtswidrigkeit ihres Aktes herbeizuführen ³⁾. Das bedeutet aber in concreto, daß es auf den Erlaß des Mitwirkungsaktes überhaupt nicht ankommt. Der Hauptbehörde ist es nämlich auch dann rechtlich möglich, einen "fehlerfreien" positiven Hauptakt zu setzen, wenn der durch Verwaltungsvorschrift vorgeschriebene Mitwirkungsakt nicht vorliegt ⁴⁾. Desgleichen steht dem Verwaltungsgericht wegen der fehlenden Bindung an die Verwaltungsanordnung die Befugnis zu, die Hauptbehörde auch ohne Vorliegen des durch Verwaltungsvorschrift angeordneten Mitwirkungsaktes zum Erlaß des Hauptaktes zu verurteilen. Folglich bedarf es hier nicht erst - wie bei den rechtsnormativ vorgesehenen Mitwirkungsfällen - des Mitwirkungsaktes, um den Bürger in die Lage zu versetzen, seinen Anspruch auf Erlaß des Hauptaktes gegenüber der Hauptbehörde durchzusetzen.

2) Zur besseren Unterscheidung von der Rechtsverordnung wird neuerdings der Terminus Verwaltungsvorschrift gebräuchlicher. Historisch gesehen ist jedoch der Ausdruck Verwaltungsverordnung berechtigt, da mit Verordnung das ursprünglich ungeschriebene Anordnungsrecht des Monarchen bezeichnet wurde; vgl. Jesch, Gesetz, S. 142 Anm. 192; Jacobi, aaO. S. 236 Anm. 1; Brohm, DÖV 1964, 240 Anm. 23.

Verwaltungsverordnung und Verwaltungsvorschrift werden hier synonym gebraucht.

3) Die grundsätzliche Irrelevanz der Verwaltungsverordnungen gegenüber Gericht und Bürger ist geradezu ein Fundamentalsatz der traditionellen Lehre; vgl. Jacobi, aaO. S. 255 ff.; Otto Mayer, Verwaltungsrecht I, S. 103; Jesch, Gesetz, S. 16 Anm. 39, 40; S. 17 Anm. 43; Brohm, DÖV 1964, 238 (240).

4) Der Verstoß gegen die Verwaltungsvorschrift kann höchstens dienstrechtliche Maßnahmen gegenüber dem Beamten zur Folge haben, der den VA zu verantworten hat.

Eine Gestaltung der Rechtslage, wie wir sie hinsichtlich der auf Grund einer Rechtsnorm ergangenen Mitwirkungsakte nachgewiesen haben⁵⁾, wird bei Zugrundelegung der traditionellen Lehre von der Irrelevanz der Verwaltungsvorschriften in der Außenwelt durch die hier behandelten Mitwirkungsakte also nicht bewirkt⁶⁾.

II. BEURTEILUNG IM LICHT MODERNER AUFFASSUNGEN ÜBER DIE VERWALTUNGSVERORDNUNG

Zweifel an der Beurteilung der Rechtsnatur der auf einer Verwaltungsverordnung beruhenden Mitwirkungsakte treten jedoch auf, wenn man die zur Bedeutung von Verwaltungsverordnungen vertretenen Meinungen in der neueren Literatur und Jurisprudenz den Blick faßt. Hier wird deutlich das Bemühen um eine neue, von der bisher schon konventionellen erheblich abweichende Grenzziehung zwischen Rechtsnorm und Verwaltungsvorschrift spürbar. Im Gegensatz zur traditionellen Doktrin zeigt sich in verstärktem Maße die Tendenz, aus einer Verwaltungsvorschrift im praktischen Ergebnis die gleichen Folgerungen wie aus einer rechtssatzmäßigen Regelung zu ziehen.

Zwar spricht die Praxis weitgehend den Verwaltungsvorschriften Rechtsatzcharakter an, jedoch kommt sie unter dem Gesichtspunkt der sog. Selbstbindung der Verwaltung "mittelbar" noch zu einer rechtssatzähnlichen Wirkung dieser Vorschriften. Als Grundpunkt dieser Argumentation ist der ohne Begründungsart. 1 Abs. 2 S. 1, aus dem das mit der Verordnungsverordnung punktierte Verbot der Differenzierung bei der Behandlung von Angelegenheiten der öffentlichen Verwaltung, eine differenzierende Behandlung von Angelegenheiten der öffentlichen Verwaltung, die sich nach demselben Sachverhalt ereignen, als eine schematische Vorlage vorliegen. Nachdem die Verordnungsstelle zunächst nur der gedanklichen Verwaltungsmaxime (Verwaltungsübung), also dem reinen Verwaltungsfall entnommen worden wäre, wurde später auch von Verwaltungsvorschriften die Funktion verlangt, die Maßstäbe zu schaffen, die notwendig sind, um einen Verstoß gegen das Differenzierungsgebot feststellen zu können. Deshalb ist anzunehmen, daß die Verwaltungsvor-

Vgl. oben 6. Kapitel, III (S. 100 ff.).

- 6) So im Ergebnis auch Stecher, DÖV 1960, 374 (376 f.); Heitzer, aaO. S. 45 f. (unter Bezugnahme auf Stecher); Scheerbarth, aaO. S. 245; Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (729) (ohne Begründung).
- 7) Vgl. hierzu Bachof, BVerwG, S. 226 f.; Jesch, Gesetz, S. 231 Anm. 255; Obermayer, JZ 1962, 64 f.; Mertens, aaO. insbes. S. 13 Anm. 12; Müller, NJW 1963, 506; Brohm, DÖV 1964, 238 (243).
- 8) Vgl. Menger, VerwArch. Bd. 53 (1962), 392.

schriften als "Tatsachen" zu berücksichtigen waren, aus denen sich eine entsprechende, bereits festgestellte, tatsächliche Verwaltungsübung ablesen ließ⁹⁾, von der im Einzelfall nicht abgewichen werden durfte, so wurde allmählich auf den Nachweis der tatsächlichen Übung immer weniger Gewicht gelegt. In neueren Entscheidungen wird auf eine (zumindest einmal) ausgeübte Verwaltungspraxis schließlich ganz verzichtet¹⁰⁾. Die Nichtbeachtung der Verwaltungsanordnung führt nach dieser Lehre im Außenverhältnis zu einem Verstoß gegen den Gleichheitssatz. Da auch das Gericht an den Gleichheitssatz gebunden ist, die Verwaltungsvorschriften aber den Tatbestand formulieren, "bei dessen Vorliegen eine gleichartige Handhabung einzusetzen hat"¹¹⁾, so sind auf dem Umweg über Art. 3 Abs. 1 GG die Verwaltungsverordnungen auch vom Gericht zu beachten. Wird auch rechtsdogmatisch der Nichtrechtscharakter der Verwaltungsvorschriften beibehalten oder deren Rechtsnatur offengelassen, so erhält die Verwaltungsanordnung auf Grund der Annahme eines Gleichbehandlungsgebots¹²⁾ doch

9) Noch das BVerwG, Urt. vom 24.4.1959, NJW 1959, 1843, stellte auf die Verwaltungspraxis ab, die aus den Verwaltungsvorschriften ersichtlich sei.

10) BVerwG, Urt. vom 26.10.1962, DÖV 1963, 474 f. = DVBl. 1963, 104 stellt nur noch nebenbei auf die Verwaltungspraxis ab.

Auf eine Verwaltungsübung kommt es überhaupt nicht mehr an in den Entscheidungen des BVerwG, Urt. vom 30.4.1962, DVBl. 1963, 182; Urt. vom 24.10.1962, JR 1963, 432 (433). In beiden Entscheidungen wird die Rechtsnatur offengelassen; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. vom 21.3.1962, DVBl. 1962, 757.

Schon Menger, VerwArch. Bd. 51 (1960), 71 Anm. 33, hatte befürwortet, eine Regelung durch Verwaltungsvorschrift der ständigen Praxis gleichzusetzen. In einem Fall sei die Verwaltung durch konstante Handlung, im anderen durch einen ausdrücklichen Willensakt gebunden. Eine solche Argumentation hat zur Folge, daß bei Vorliegen einer Verwaltungsvorschrift schon dann eine Verletzung des Gleichheitssatzes gegeben ist, wenn von dieser Verwaltungsvorschrift abgewichen wird, im ersten praktischen Fall ohne sachlichen Grund abgewichen wird, wenn also eine tatsächliche Verwaltungsübung auf längere Dauer hin noch nicht stattgefunden hat.

11) Menger, VerwArch. Bd. 53 (1962), 393.

12) Es besteht a. fortung. keine Einheitlichkeit in den Begründungsversuchen der Rechtsprechung.

So hat beispielsweise der Bundesfinanzhof, Urt. vom 14.8.1958, JZ 1960, 279 ff. mit ablehnender Anm. von Jesch, die Verbindlichkeit von Verwaltungsvorschriften für diese Behörden aus dem Vertrauensprinzip entwickelt.

Neuerdings bejaht das Bundesverwaltungsgericht, Urt. vom 16.5.1963,

"praktisch" die Wirkung einer revisiblen Norm des objektiven Rechts.

Noch weitergehend hat Jesch sogar eine "unmittelbare" Verbindlichkeit der Verwaltungsverordnungen für Bürger und Gericht angenommen¹³⁾. Jesch hält die bisherigen auf das Gleichbehandlungsgebot oder auf den Vertrauensgrundsatz abstellenden Begründungen für die Beachtlichkeit der Verwaltungsvorschriften in der Außenwelt nur für "Ausprägungen des allgemeinen Grundsatzes der Bindung des Normsetzers an seine eigenen Normen". In der konstitutionellen Monarchie, in der dieser Grundsatz nur für Rechtsverordnungen verwirklicht wurde, während die Unverbindlichkeit der Verwaltungsverordnungen dem Bürger gegenüber erhalten blieb, sei dieser "absolutistische Restbestand durchaus verfassungskonform"¹⁴⁾ gewesen; mit der Veränderung der Verfassungsstruktur habe er jedoch jegliche Rechtfertigung verloren. Stelle die Exekutive jetzt allgemeine Regeln auf, nach denen im Einzelfall verfahren werden solle, so seien diese nicht nur intern, sondern generell rechtlich verbindlich¹⁵⁾.

Eine Auseinandersetzung mit den zur Verdeutlichung unserer Problematik hier kurz skizzierten Auffassungen¹⁶⁾ würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Zu einer vertieften Erörterung besteht jedoch in diesem Zusammenhang auch kein Anlaß. Die Annahme einer mittelbaren oder unmittelbaren Relevanz der in Verwaltungsverordnungen enthaltenen Mitwirkungsvorbehalte, wonach die

Fortsetzung der Fußnote 12) von Seite 123

GewArch. 1963, 270 (271), eine Ermessensbindung ohne Heranziehung des Art. 3 GG "unter Beibehaltung des Nichtrechtscharakters der Richtlinien".

13) Vgl. JZ 1960, 282 (283); Gesetz, S. 232 ff.

14) Vgl. JZ 1960, 282 (283).

15) Unvermeidbar stellt sich bei einer solchen Auffassung die Frage, ob die Verwaltungsverordnungen in ihren Wirkungen den Rechtsverordnungen so vollständig gleichgestellt werden, daß sie juristisch als Rechtsverordnungen zu qualifizieren sind, was wiederum zur Folge hätte, daß Verwaltungsvorschriften auch die für Rechtsverordnungen geltenden Voraussetzungen - insbesondere eine präzise gesetzliche Ermächtigung, die den Anforderungen der "Meßbarkeitsklausel" - vgl. Jesch, Gesetz, S. 213 f. - genügt und eine ausreichende Verkündung) erfüllen müßten. Jesch, Gesetz, S. 234, stellt die Verwaltungsvorschriften unbeschadet der von ihm angenommenen Verbindlichkeit für Bürger und Gericht von den für Rechtsverordnungen geltenden strengen Anforderungen frei.

16) Gegen die Auffassung von Jesch hat sich besonders Obermayer, JZ 1962, 61 (62) gewandt und für eine klare Unterscheidung zwischen den beiden Normkategorien plädiert.

Rechtmäßigkeit des Hauptaktes von der Beachtung des Mitwirkungsvorbehalts abhängig und eine Verurteilung der Hauptbehörde nur bei Vorliegen des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes möglich wäre, was die VA-Natur des betreffenden Mitwirkungsaktes zur Folge hätte, kann nämlich schon aus folgenden Erwägungen nicht aufrechterhalten werden:

Der legitime Bereich der Verwaltungsvorschriften liegt unbestrittenermaßen dort, wo Gesetze oder Rechtsverordnungen die angesprochenen Behörden zu Ermessensentscheidungen berechtigen und die einheitliche Ausübung des Ermessens sichergestellt werden soll¹⁷⁾. In den Fällen, in denen die Zuständigkeit der Hauptbehörde zum Erlass eines VAes durch Gesetz oder Rechtsverordnung angeordnet ist, wird aber in der Regel die Berechtigung der Hauptbehörde zu einer Ermessensentscheidung, wonach sie den Erlass ihres VAes von dem übereinstimmenden Akt einer Mitwirkungsbehörde abhängig machen kann, nicht gegeben sein. Eine Verwaltungsvorschrift, welche die übereinstimmende Mitwirkung einer beteiligten Behörde vorschreibe, würde in der Regel also den durch Gesetz oder Rechtsverordnung aufgestellten "Rahmen" überschreiten. Nun wird aber bei aller Unterschiedlichkeit der Auffassungen über die Beachtlichkeit von Verwaltungsvorschriften einheitlich der Standpunkt vertreten, daß Verwaltungsverordnungen jedenfalls dann unbeachtet bleiben müssen, wenn sie sich nicht im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung halten¹⁸⁾, also objektiv rechtswidrig sind¹⁹⁾. Die mit dem geltenden Recht nicht zu vereinbarenden Verwaltungsverordnungen sind demnach auf jeden Fall unverbindlich und können auch nicht mit Hilfe des Gleichheits-

17) Daneben kann auch die einheitliche Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen Gegenstand von Verwaltungsvorschriften sein, weil diese Begriffe durchweg einen Beurteilungsspielraum eröffnen.

Verwaltungsvorschriften hingegen, die Rechtsbegriffen, welche keinen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum übrig lassen, eine bestimmte Deutung geben (sog. Auslegungslinien oder Interpretationsanweisungen), können für das Gericht nicht verbindlich sein; denn die für die Exekutive maßgebliche Interpretation obliegt immer dem Richter, vgl. Jesch, JZ 1960, 282 Anm. 3; Gesetz, S. 233.

18) Damit wird allerdings nicht gefordert, daß die gesetzliche Ermächtigung den Anforderungen der Meßbarkeitsklausel (keine globale, sondern spezifizierte Ermächtigung) genügen müßte, wie das bei Rechtsverordnungen der Fall ist.

19) Vgl. BFH, JZ 1960, 279 (282); BVerwGE 2, 163 (167) = NJW 1955, 1570 (1571); BVerwGE 11, 56 (59); Menger, VerwArch. Bd. 51 (1960), 72 Anm. 35, 36; Jesch, JZ 1960, 282 (283 f.); letzterer hebt mit Recht hervor, daß man Verwaltungsverordnungen hinsichtlich ihrer Rechtswirklichkeit keine stärkeren Wirkungen zuerkennen dürfe als Rechtsverordnungen.

satzes für beachtlich erklärt werden. Schon aus diesem Grunde wird man in der Regel zögern, dem in einer Verwaltungsverordnung enthaltenen Mitwirkungsvorbehalt verbindliche Wirkung gegenüber Gericht und Bürger beizumessen und damit die VA-Qualität der Mitwirkungsakte zu bejahen²⁰⁾.

Aber auch dann, wenn die gesetzliche Regelung der Beteiligung einer anderen Behörde in Form der übereinstimmenden Mitwirkung beim Erlaß des VAes der Hauptbehörde nicht entgegenstünde, müßten Bedenken gegen eine unmittelbare oder mit Hilfe des Gleichheitssatzes bzw. Vertrauensprinzips erzielte "Beachtlichkeit" des in einer Verwaltungsvorschrift enthaltenen Mitwirkungsvorbehalts angemeldet werden. Geht man nämlich einmal als Arbeitshypothese von der unmittelbaren oder mittelbaren Relevanz eines derartigen Mitwirkungsvorbehalts gegenüber Bürger und Gericht aus, so führt dies zur Bejahung der VA-Qualität des auf Grund dieses Mitwirkungsvorbehalts ergangenen Mitwirkungsaktes²¹⁾. Damit würde der Mitwirkungsbehörde durch eine Verwaltungsverordnung die "Zuständigkeit" zur Vornahme eines in der Außenwelt rechtserheblichen Hoheitsaktes übertragen. Die Zulässigkeit einer Zuständigkeitsregelung durch eine bloße Verwaltungsvorschrift begegnet aber starken Zweifeln. Wohl überwiegend wird der Standpunkt vertreten, daß eine Zuständigkeitsregelung nur in der für den Erlaß von Rechtsakten erforderlichen Form wirksam erfolgen könne. Die Auffassung, welche zur Zuständigkeitsbestimmung die Form der Verwaltungsverordnung nicht genügend sein läßt und die Forderung nach einer gesetzlich ermächtigten Rechtsverordnungstform erhebt, gründet sich einmal auf das Prinzip der "Gesetzmäßigkeit der Verwaltung"²²⁾. Danach habe Art. 2 Abs. 3 GG

20) Das dies die logische Folge wäre, ergibt sich aus unseren Ausführungen im 6. Kapitel, III (S. 100 ff.).

21) Die unmittelbare Rechtswirkung des Mitwirkungsaktes in der Außenwelt ergibt sich, wie schon dargestellt, vgl. 6. Kapitel, II), daraus, daß die Rechtslage des außerhalb der Verwaltung stehenden Bürgers insofern geändert und gestärkt wird, als er durch die Erteilung des Mitwirkungsaktes in die Lage versetzt wird, seinen Anspruch auf Erlaß des Hauptaktes gegenüber der Hauptbehörde - notfalls mit Hilfe einer Verpflichtungsklage - durchzusetzen, sobald ihm der Akt der beteiligten Behörde bekanntgegeben worden ist. Vorher ist wegen der Bindungswirkung des Mitwirkungsvorbehalts weder die Hauptbehörde in der Lage, einen "fehlerfreien" positiven Hauptakt zu erlassen noch das Verwaltungsgericht befugt, die Hauptbehörde zum Erlaß eines positiven Hauptaktes zu verurteilen.

22) Vgl. Obermayer: *IZ* 1956, 625 (628); DVBl. 1959, 354 (367); Spanner, *DÖV* 1962, 342 (343).

unter Berücksichtigung des Art. 19 Abs. 4 GG nicht mehr allein die Bedeutung, daß der sachliche Gehalt eines Hoheitsaktes durch eine Rechtsgrundlage gedeckt sein müsse. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit verlange vielmehr weiter, "daß auch für das Handeln der jeweiligen Behörde eine rechtssatzmäßige Zuständigkeitsbestimmung" 23) vorliege.

Weiterhin wird für die Lösung, wonach eine Zuständigkeitsregelung nur durch Rechtsverordnungen erfolgen kann, eine rechtspolitische Erwägung angeführt. Da "die Zuständigkeit einer Behörde zum Erlass eines bestimmten VAes (als) eine der wichtigsten formellen, verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit eines VA" 24) erscheine, müsse der Bürger erkennen können, welche Behörde ihm gegenüber zur Vornahme eines Hoheitsaktes kompetent sei. Darüber hinaus müsse die Zuständigkeitsvorschrift auch im Hinblick auf die Überprüfbarkeit durch das Verwaltungsgericht eindeutig feststellbar sein. Eine solche Offenkundigkeit könne aber nur dann gewährleistet werden, wenn die Zuständigkeitsregelung durch Rechtsverordnung erfolge 25).

Dieser Auffassung ist voll beizupflichten. Im System des demokratischen Rechtsstaats muß grundsätzlich jede Maßnahme der Verwaltung, die den Staatsbürger unmittelbar betrifft, also auf das Außenverhältnis einwirkt, letztlich ihre Grundlage in einem formellen Gesetz haben. Mit dieser Forderung ist die Annahme einer der Verwaltung ohne weitere Rechtsgrundlage zustehenden Organisationsgewalt, wonach die Regelung der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden durch Verwaltungsverordnung vorgenommen werden kann, soweit nicht Gesetz oder Rechtsverordnung entgegenstehen, nicht vereinbar 26). Auch wird dem bei Zuständigkeitsregelungen im Vordergrund stehenden Gedanken der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit nur durch die besonderen Form- und Verkündungsvorschriften für Rechtsverordnungen Genüge getan. Durch den "von anonymen Spielregeln beherrscht" 27) und aller rechtsstaatlichen Kautelen entbehrenden Erlass von blo-

23) So Obermayer, DVBl. 1959, 354 (355); ders., JZ 1956, 625 (628); "Heute kann nicht mehr bezweifelt werden, daß der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung auch die rechtssatzmäßige Festlegung jener Bereiche verlangt, der die Kompetenz für die Vornahme der sachlichen Maßnahme zusteht."

24) Spanner, DÖV 1962, 342.

25) Vgl. neben Spanner, DÖV 1962, 342, auch Jesch, JZ 1963, 366.

26) Zu der sich aus der Verfassungsstruktur ergebenden Notwendigkeit einer Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts auf alle Verwaltungsbereiche, also auch auf die Verwaltungsorganisation, vgl. Jesch, Gesetz, S. 205; Spanner, DÖV 1962, 342 (343).

27) Rupp, DÖV 1963, 678 (680).

ßen Verwaltungsvorschriften wäre die bei Zuständigkeitsbestimmungen nötige Transparenz hingegen nicht gesichert.

Diese Umstände zwingen zu der Annahme, daß die behördliche Zuständigkeit zum Erlaß von VAen durch Verwaltungsvorschriften weder begründet noch geändert werden kann²⁸⁾. Daraus ergibt sich aber die Konsequenz, daß eine die Übereinstimmung der zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden vorsehende Mitwirkungsvorschrift, die im Wege einer Verwaltungsverordnung erlassen wurde, unter keinen denkbaren Aspekten in der Außenwelt (gegenüber Gericht und Bürger) - sei es unmittelbar oder mit Hilfe des Gleichheitssatzes bzw. Vertrauensprinzips - beachtlich ist, da andernfalls durch Verwaltungsvorschrift eine Zuständigkeitsregelung getroffen würde, was sich als unzulässig erwiesen hat²⁹⁾. Die VA-Qua-

28) Im übrigen ergeben sich gegen eine Zuständigkeitsregelung durch bloße Verwaltungsverordnung auch im Hinblick auf Art. 80 Abs. 1 GG verfassungsrechtliche Bedenken. Da an der Außenwirkung einer Zuständigkeitsregelung kein Zweifel besteht (vgl. zu dieser Frage Jesch, AöR Bd. 84, 74 (84)), ist ihr Rechtssatzcharakter zu bejahen. Damit bedarf diese Maßnahme aber der Rechtsverordnungsform, was wiederum eine den Anforderungen des Art. 8 Abs. 1 GG (Spezifizierung nach Inhalt, Zweck und Ausmaß) genügende gesetzliche Ermächtigung voraussetzt. Bei Zulässigkeit der Verwaltungsverordnungsform wurde der Mangel einer präzisen gesetzlichen Ermächtigung verschleiert und Art. 80 Abs. 1 GG umgangen. Gegen einen derartigen Formenmißbrauch hat besonders dezidiert Jesch, Gesetz, S. 155; AöR Bd. 84, 74 (88 f.), Stellung genommen.

29) So im Ergebnis auch Bulling, aaO. S. 7 f.

Wurde man hingegen der bereits widerlegten These (vgl. 7. Kapitel, II, S. 114 ff.) zustimmen, daß einzelne Mitwirkungsvorbehalte, die in Gesetzen oder Rechtsverordnungen enthalten sind, unter bestimmten Voraussetzungen als bloße Verwaltungsvorschriften qualifiziert werden können, würden die hier gegen die unmittelbare oder mittelbare Beachtlichkeit der Mitwirkungsvorbehalte, die in "Verwaltungsverordnungsform" ergangen sind, vorgebrachten Argumente nicht durchschlagen: die in Gesetz oder Rechtsverordnung enthaltenen Verwaltungsvorschriften können nämlich weder gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung noch gegen den Gedanken der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit noch gegen Art. 80 Abs. 1 GG verstößen. Das wurde bei Zugrundelegung der modernen Auffassungen über die Verwaltungsverordnungen zu dem Schluß führen, daß derartige Mitwirkungsvorbehalte unmittelbar oder auf dem Wege über den Gleichheitssatz "beachtlich" wären, was wiederum die VA-Qualität der Mitwirkungsakte zur Folge hätte. Damit gewinnen wir unverhofft ein weiteres Argument gegen die Behauptung des verwaltungsinternen Charakters von Mitwirkungsakten, die auf solchen - in Gesetzen bzw. Rechtsverordnungen enthaltenen - Mitwirkungsvorbehalten beruhen.

lität der durch eine Verwaltungsverordnung vorgeschriebenen Mitwirkungsakte ist mithin wegen der Irrelevanz des Mitwirkungsvorbehalts in der Außenwelt in jedem Fall zu verneinen, gleichgültig, ob man die Bedeutung von Verwaltungsvorschriften unter Zugrundelegung der traditionellen Lehre oder im Lichte moderner Auffassungen beurteilt ³⁰⁾.

30) Damit erweist sich die - allerdings von anderen Voraussetzungen ausgehende - Annahme Heinzes, VerwArch. Bd. 52 (1961), 283, daß unter bestimmten Umständen auch der auf einer Verwaltungsvorschrift beruhende Mitwirkungsakt VA-Eigenschaft haben könne, als unzutreffend. Im Ergebnis richtig sind die Auffassungen von Stecher, DÖV 1962, 374 (377), Heitzer, aaO. S. 46 (der die Begründung von Stecher übernimmt) und Scheerbarth, aaO. S. 245. Jedoch vermögen deren Begründungen nicht zu überzeugen. Aus der Tatsache, daß eine Änderung der gesetzlichen Zuständigkeitsregelung nicht durch Verwaltungsvorschrift erfolgen kann, läßt sich nicht ohne weiteres der verwaltungsinterne Charakter des auf ihr beruhenden Mitwirkungsaktes ableiten. Die mangelnde Zuständigkeit der Mitwirkungsbehörde läßt höchstens den Schluß auf die Rechtswidrigkeit des Mitwirkungsaktes zu. Hier wird das entscheidende Glied der Deduktion ausgelassen. Ausgangspunkt der Argumentation hat die Verwaltungsvorschrift zu sein; nur weil diese nach außen unbeachtlich ist, ist der Mitwirkungsakt kein VA.

2. ABSCHNITT: RECHTSNATUR DER BEHÖRDLICHEN MITWIRKUNGSAKTE BEI "NICHTERFORDERLICHER ÜBEREINSTIMMUNG" DER ZUSAMMENWIRKENDEN VERWALTUNGSBEHÖRDEN

9. KAPITEL: DARSTELLUNG UND KRITIK DER BISHERIGEN AUFFASSUNGEN

Nach der Qualifizierung der auf einer Rechtsnorm beruhenden Mitwirkungsakte bei "erforderlicher Übereinstimmung" der zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden als VAe¹⁾ müssen wir uns nunmehr kurz der Frage nach der Rechtsnatur der Mitwirkungsakte bei "nichterforderlicher Übereinstimmung" der zusammenwirkenden Behörden zuwenden.

Die zweite Fallgruppe, zu der die Mitwirkungsformen der Anhörung, des Besprechens und des Gutachtens zu zählen sind, unterscheidet sich, wie wir bereits im Rahmen der systematischen Erfassung der verschiedenen Mitwirkungsformen gesehen haben²⁾, von der ersten Fallgruppe dadurch, daß die Hauptbehörde auch dann rechtlich in der Lage ist, einen positiven VA zu erlassen, wenn ein damit übereinstimmender Mitwirkungsakt der beteiligten Behörde nicht vorliegt oder wenn die Mitwirkungsbehörde sogar im gegenteiligen Sinne Stellung genommen hat. Die Hauptbehörde kann sich hier also über die Auffassung der beteiligten Behörde hinwegsetzen.

Im Gegensatz zur bereits ausführlich behandelten ersten Fallgruppe, die die eigentlich problematischen und heftig umstrittenen Formen des Zusammenwirkens enthält, lassen sich zur Rechtsnatur der Mitwirkungsakte bei nichterforderlicher Übereinstimmung kaum kontroverse Ansichten ausmachen. Fast einhellig wird in Rechtsprechung und Schrifttum der Standpunkt vertreten, derartige Mitwirkungshandlungen seien bloße Verwaltungsinterna.

Über der Tat liegt sowohl die Formulierung der Mitwirkungsvorbehalte der hier zu ersuchenden Fallgruppe als auch der bereits herausgearbeitete sachliche Unterschied zur ersten Fallgruppe, der sich aus der nichterforderlichen Übereinstimmung der zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden ergibt, von vornherein den Schluß nahe, daß die Mitwirkungshandlungen nach außen geringere Bedeutung als den

Die auf einer Verwaltungsvorschrift beruhenden Mitwirkungsakte haben sie, hingegen als Verwaltungsinterna erwiesen.

2) Vgl. oben 2. Kapitel, II (S. 11 ff.).

Mitwirkungsakten bei erforderlicher Übereinstimmung zuzumessen ist. Erscheint deshalb die von der herrschenden Ansicht vorgenommene Qualifizierung der hier in Rede stehenden Mitwirkungsakte als bloße Verwaltungsinterna im Hinblick auf die verbale und sachliche Unterschiedlichkeit beider Fallgruppen als gerechtfertigt, so vermag doch die hierfür gegebene Begründung nicht zu überzeugen.

Gemeinhin wird der verwaltungsinterne Charakter, soweit überhaupt der Versuch einer Begründung gemacht wird, aus der mangelnden Bindungs- bzw. Prajudizialwirkung der Mitwirkungsakte hergeleitet. Eine solche Deduktion findet sich vor allem bei den Vertretern jener Auffassung, die die VA-Qualität der Mitwirkungsakte bei "erforderlicher Übereinstimmung" mit dem Argument der Bindung der Hauptbehörde an den Akt der beteiligten Behörde zu beweisen versucht³⁾. Die Untauglichkeit des Bindungsarguments zur Begründung des VA-Charakters von Mitwirkungsakten hat sich bereits bei der Untersuchung der ersten Fallgruppe herausgestellt⁴⁾. In gleicher Weise muß auch dem Argument der "fehlenden" Bindungswirkung jeder Erkenntniswert hinsichtlich der Rechtsnatur von behördlichen Mitwirkungsakten abgesprochen werden. Die Irrelevanz der fehlenden Bindungswirkung folgt zwar nicht zwingend aus der Tatsache, daß die Bindungs- bzw. Prajudizialwirkung keinen Schluß auf die VA-Qualität von Mitwirkungsakten zuläßt; auch wenn die Bindungswirkung eines Mitwirkungsaktes keinen untrüglichen Beweis für dessen VA-Charakter darstellt, könnte sie doch wenigstens eine von mehreren Voraussetzungen für dessen unmittelbare Rechtserheblichkeit in der Außenwelt sein, so daß die VA-Natur ebenfalls bei fehlender Bindungswirkung vernahmt werden mußte und damit dem Gesichtspunkt der fehlenden Bindungswirkung Bedeutung zukame. Jedoch trifft die Annahme der Bindungswirkung als unabdingbare Voraussetzung der VA-Eigenschaft eines Mitwirkungsaktes nicht zu.

3) Vgl. die im 5. Kapitel, III (S. 82 ff.) zit. Stimmen. Wenn die dort angeführten Stimmen auch nicht alle ausdrücklich auf die Rechtsnatur der Mitwirkungsakte bei "erforderlicher Übereinstimmung" eingehen, so wird doch schon die Bemerkung des Bindungsarguments zur Begründung der VA-Qualität der Mitwirkungsakte bei "erforderlicher Übereinstimmung" gleichbedeutend mit der Behauptung des verwaltungsinternen Charakters der Mitwirkungsakte bei "nicht erforderlicher Übereinstimmung" impliziert. Es liegt auf der Hand, daß die einzige Auffassung, die den VA-Charakter der Mitwirkungsakte bei "erforderlicher Übereinstimmung" leugnet, auch die erstgenannten Mitwirkungsakte bei "nicht erforderlicher Übereinstimmung" als verwaltungsinterne Vorgänge bezeichnen; vgl. z.B. Heitzer, aaO. S. 57 f.; Peetz, aaO. S. 24 ff.; eine Ausnahme macht hier nur Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 283.

4) Vgl. 5. Kapitel, III (S. 82 ff.).

Im Rahmen der Untersuchung der Mitwirkungsakte bei erforderlicher Übereinstimmung der zusammenwirkenden Behörden haben wir den Nachweis erbracht, daß neben der Versagung auch die Erteilung der Vorgeschiedenen Mitwirkungshandlungen als VA angesehen werden muß, obwohl die Erteilung jener Mitwirkungsakte keine bindende bzw. präjudizierende Wirkung auslöst, sondern lediglich die Bedeutung einer unverbindlichen positiven Stellungnahme hat⁵¹. Die rechtliche Wirkung der Erteilung eines Mitwirkungsaktes bei erforderlicher Übereinstimmung liegt nämlich, wie wir sahen, nicht in einer Präjudizierung der Entscheidung der Hauptbehörde, sondern darin, daß durch ihn die rechtsnormativ postulierte Voraussetzung für die rechtliche Kompetenz der Hauptbehörde geschaffen wird, einen fehlerfreien positiven Hauptakt zu erlassen. Ob die Hauptbehörde den Hauptakt dann tatsächlich erläßt oder ablehnt, ist hinsichtlich der rechtlichen Wirkung der Erteilung des positiven Mitwirkungsaktes ohne Belang.

Mit der Feststellung, daß ein Mitwirkungsakt auch bei fehlender Bindungswirkung VA-Natur aufweisen kann, verliert das Argument der fehlenden Bindung zur Bestimmung des verwaltungsinternen Charakters von Mitwirkungsakten jede Bedeutung.

10. KAPITEL: EIGENE LÖSUNG AUS DEM GESICHTSPUNKT DER ENTSCHEIDUNGSFREIHEIT DER HAUPTBEHÖRDE

Zu einer dogmatisch einwandfreien Qualifizierung der Mitwirkungsakte bei "nicht erforderlicher Übereinstimmung" gelangen wir, ohne daß es längerer Ausführungen bedürfte, wenn wir an unsere Überlegungen bei der Bestimmung der Rechtsnatur von Mitwirkungsakten der ersten Fallgruppe anknüpfen. Das Charakteristikum jener Mitwirkungsfälle bei erforderlicher Übereinstimmung liegt darin, daß die rechtliche Befugnis der Hauptbehörde zum Erlass des der Entscheidung bedürftigen VAs von der Erteilung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes abhängig gemacht wird, um auf diesem Wege der beteiligten Verwaltungsbehörde ein wirkungsvolles Kontrollrecht einzuräumen. Ursprünglich steht der Hauptbehörde also nur eine begrenzte Entscheidungsfreiheit zu. Mit anderen Worten: Ohne die übereinstimmende Mitwirkung der beteiligten Behörde ist die Hauptbehörde rechtlich nur in der Lage, eine ablehnende Entscheidung zu treffen. Oder noch schärfer formuliert: Es wird der Hauptbehörde vorgeschrieben,

⁵¹ Vgl. die Ausführungen im 5. Kapitel, III (S. 82 ff.) und im 6. Kapitel, III, 1 (S. 100 ff.).

den der Mitwirkung bedürftigen VA nicht ohne das Vorliegen eines übereinstimmenden Mitwirkungsaktes zu erlassen. Diese rechtsnormative Sperre wird durch die Erteilung des vorgeschriebenen übereinstimmenden Mitwirkungsaktes beseitigt, was gleichzeitig eine Erweiterung des Entscheidungsspielraums der Hauptbehörde zur Folge hat ¹⁾.

Wesentlich anders geartet ist hingegen die rechtliche Situation bei den Mitwirkungsformen der zweiten, hier zur Erörterung stehenden Fallgruppe. Zwar ist die Hauptbehörde auch hier - und insoweit stimmt die Rechtslage überein - verpflichtet, der Mitwirkungsbehörde bei Meidung der Rechtswidrigkeit des Hauptaktes Gelegenheit zur Prüfung und Stellungnahme zu geben. Während jedoch in der ersten Fallgruppe der vorgeschriebene übereinstimmende Mitwirkungsakt der beteiligten Behörde vorliegen muß, damit ein positiver Hauptakt erlassen werden kann, hängt die Entscheidungsbefugnis der Hauptbehörde in der zweiten Fallgruppe nicht von einer übereinstimmenden Stellungnahme einer anderen Behörde ab. Macht die Mitwirkungsbehörde von ihrem Recht auf Mitwirkung keinen Gebrauch oder äußert sie eine dem Erlaß eines positiven Hauptaktes entgegenstehende Rechtsansicht, so ist die Hauptbehörde rechtlich nicht gehindert, den positiven Hauptakt trotzdem zu erlassen, wenn sie die rechtlichen Voraussetzungen für gegeben erachtet ²⁾. Der Hauptbehörde steht mithin eine unbegrenzte, von der Stellungnahme der beteiligten Behörde unabhängige Entscheidungskompetenz zu ³⁾. Diese Entscheidungsfreiheit ist von vornherein gegeben und wird durch das Mitwirkungsrecht der beteiligten Behörde nicht beeinträchtigt, gleichgültig, ob die Mitwirkungsbehörde überhaupt Stellung nimmt oder nicht bzw., ob diese Stellungnahme einen mit der Auffassung der Hauptbehörde übereinstimmenden oder divergierenden Inhalt aufweist.

Aus dieser Gegenüberstellung der beiden Fallgruppen ergibt sich der Schlüssel zur Lösung unseres Qualifizierungsproblems. Haben wir nämlich die unmittelbare rechtliche Außenwirkung des Mitwirkungsaktes bei "erforderlicher Übereinstimmung" einzig und allein darin erblickt, daß durch ihn der Entscheidungsspielraum der Hauptbehörde erweitert und damit die rechtsnormativ vorgeschriebene, unabdingbare Voraussetzung für den Erlaß eines fehlerfreien positiven Hauptaktes - bzw. für die Verurteilung der Hauptbehörde zum Erlaß eines solchen - gesetzt wird, so folgt daraus, mit logischer Notwendigkeit, daß dem Mitwirkungsakt bei "nichterforderlicher Übereinstimmung" keine unmittelbare Rechtserheblichkeit in der Außenwelt zukommt, denn in dieser Fallgruppe bedarf

-
- 1) Vgl. im übrigen die Ausführungen im 6. Kapitel, III (S. 100 ff.).
 - 2) Vgl. hierzu schon 2. Kapitel, II, insbes. 2 a - c (S. 19 ff.).
 - 3) Daß allerdings eine Bindung der Hauptbehörde an Gesetz und Recht besteht, ist eine Selbstverständlichkeit und bedarf keiner Erörterung.

es einer Erweiterung des Entscheidungsspielraums der Hauptbehörde durch den Akt der beteiligten Behörde nicht nur nicht, sondern ist rechtslogisch überhaupt nicht möglich, da die unbegrenzte, von der Mitwirkungshandlung unabhängige Entscheidungsfreiheit der Hauptbehörde von vornherein gegeben ist. Da die Mitwirkung in den Fällen der nichterforderlichen Übereinstimmung keinerlei originäre Rechtswirkungen in der Außenwelt zeitigt, sondern ihre Funktion sich darin erschöpft, der Hauptbehörde eine Beurteilungsgrundlage für deren anstehende Hauptentscheidung zu schaffen, müssen derartige Mitwirkungshandlungen als bloße verwaltungsinterne Vorgänge angesehen werden.

Damit hat sich die herrschende Meinung im Ergebnis als zutreffend erwiesen⁴⁾. Der verwaltungsinterne Charakter läßt sich allerdings nicht mit dem Fehlargument einer mangelnden Bindungswirkung begründen, sondern ergibt sich aus der unbegrenzten, von vornherein bestehenden Entscheidungskompetenz der Hauptbehörde, die einer Erweiterung durch den Akt der beteiligten Behörde - worin allein eine rechtliche Außenwirkung gesehen werden konnte - weder bedürftig noch fähig ist⁵⁾.

4) Der abweichenden Meinung Heinzes, VerwArch. Bd. 52 (1961), 283, der zufolge u.U. auch ein Mitwirkungsakt bei "nichterforderlicher Übereinstimmung" VA-Qualität aufweisen kann, ist hiernach nicht beizupflichten.

5) Es zeigt sich hier deutlich, daß die Ansicht, welche unter bestimmten Umständen eine Umdeutung des Mitwirkungsaktes bei erforderlicher Übereinstimmung in eine nur gutachtliche Stellungnahme vornimmt, logisch richtig ist, wenn sie von der Annahme einer nur gutachtlichen Äußerung der Mitwirkungsbehörde, welche die Entscheidungsfreiheit der Hauptbehörde unangetastet läßt, auf den verwaltungsinternen Charakter des Mitwirkungsaktes schließt. Jedoch stimmt die Prämisse, daß eine solche Umdeutung unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sei, nicht. Hier bewahrheitet sich wieder einmal mehr die bekannte Feststellung, daß solche logische Ergebnisse höchst selten sind, der Streich geht deshalb auch meist nicht um den logisch richtigen Schluß, sondern um die Auswahl der zulässigen Prämissen. "Das Schließen als solches macht uns die geringste Mühe - sagt Engisch, aaO. S. 13, unter Berufung auf Schepelhauser - die Hauptschwierigkeit liegt im Finden der Prämissen." Vgl. hierzu auch Jesch, AöR Bd. 82 (1957), 163 (174).

TEIL II

FEHLERHAFTIGKEIT DER HAUPTAKTE BEIM VERSTOSS GEGEN BEHÖRDLICHE MITWIRKUNGSVORBEHALTE

11. KAPITEL:

VERSTOSS GEGEN MITWIRKUNGSNORMEN, DIE EINE ÜBEREINSTIMMUNG DER ZUSAMMENWIRKENDEN VERWALTUNGSBEHÖRDEN VORSCHREIBEN

I. RECHTSWIDRIGKEIT DES HAUPTAKTES

Bei der Prüfung, welche Auswirkungen der Verstoß gegen einen - die Übereinstimmung der zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden vorschreibenden - Mitwirkungsvorbehalt auf die Wirksamkeit des Hauptaktes hat, sind zwei Fälle zu unterscheiden:

- a Die Hauptbehörde übersieht die Pflicht zur Einholung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes.
- b Die Hauptbehörde setzt sich über das Nichtvorliegen oder die Versagung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes hinweg¹⁾.

Beiden Fällen ist gemeinsam, daß die Hauptbehörde den Hauptakt erläßt, obwohl der vorgeschriebene übereinstimmende Mitwirkungsakt nicht vorliegt. Der Unterschied zwischen den beiden Formen des Verstoßes gegen die Mitwirkungs Vorschrift liegt darin, daß die Hauptbehörde im ersten Fall die mitwirkungsberechtigte Behörde überhaupt nicht ersucht, den vorgeschriebenen Mitwirkungsakt zu erlassen, während sie ihr im zweiten Fall zwar Gelegenheit zum Erlaß des Mitwirkungsaktes gibt, sich bei dessen Versagung jedoch über das Votum der Mitwirkungsbehörde hinwegsetzt.

Ganz überwiegend wird in Schrifttum und Rechtsprechung die Rechtswidrigkeit des Hauptaktes angenommen, wenn er ohne den "rechtssatzmäßig" vorgeschriebenen

1) Der Versagung des Mitwirkungsaktes gleichzusetzen ist der Fall, in dem der Mitwirkungsakt so fehlerhaft ist, daß seine Nichtigkeit angenommen werden muß. Ist die Mitwirkung nämlich nichtig, so ist sie als nicht erfolgt anzusehen. Ist die Mitwirkung hingegen nur mangelbehaftet, so ist sie in Unanfechtbarkeit, so muß sie einer fehlerfreien gleichgesetzt werden.

nen Mitwirkungsakt der beteiligten Behörde erlassen wurde²⁾. Dieser Auffassung kann vorbehaltlos zugestimmt werden. Ein VA, der gegen einen Rechtsatz verstößt, ist ganz sicher "rechtswidrig", gleichgültig, ob der Rechtsatz in einem Gesetz, einer Rechtsverordnung oder einer Satzung enthalten ist und ob er dem materiellen oder formellen Recht angehört³⁾.

Ist das Mitwirkungserfordernis (Mitwirkung bei erforderlicher Übereinstimmung) hingegen in einer bloßen Verwaltungsvorschrift statuiert, so führt ein Verstoß gegen den Mitwirkungsvorbehalt nicht zur Rechtswidrigkeit des Hauptaktes. Dies folgt aus der bereits oben getroffenen Feststellung⁴⁾, daß eine die Übereinstimmung der zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden vorsehende Mitwirkungsvorschrift, die im Wege einer Verwaltungsverordnung erlassen wurde, in der Außenwelt (gegenüber Gericht und Bürger) weder unmittelbare noch mittelbare (mit Hilfe des Gleichheitssatzes bzw. Vertrauensprinzips) rechtliche Relevanz aufweist, da andernfalls durch Verwaltungsvorschrift eine unzulässige Zuständigkeitsregelung getroffen würde⁵⁾.

Zeigen sich demnach bei der Bestimmung der Rechtswidrigkeit des ohne die erforderliche Mitwirkung erlassenen Hauptaktes relativ geringe Schwierigkeiten, so werfen die Fragen nach Fehlertypus, Fehlergrad und nachtraglicher Heilbarkeit des Mangels Probleme auf, die einer genaueren wissenschaftlichen Durchdringung und Klärung bedürfen.

2) Vgl. dazu die folgenden Anmerkungen.

3) Das hat besonders klar Haueisen, NJW 1960, 1881 (1883 insbes. Anm. 27) zum Ausdruck gebracht; vgl. auch Gräberdorff, ZBR 1960, 97 (103); Friauf, DÖV 1961, 666 (669); Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (728); Kienapfel, DÖV 1963, 96 (97); Bachof, BVerwG, S. 264 f.; Weides, JuS 1964, 62 (66); Wolff I, § 50 II, 2 (S. 274); Wolff II, § 77 V (S. 88 f.); BVerwG, DÖV 1961, 302 (303); unrichtig hingegen Koehler, aaO. Erl. B VII, 1 zu § 113 (S. 842) unter ungerechtfertigter Berufung auf OVG Lüneburg, AS 9, 103 = MDR 1954, 635; BVerwG, BayVBl. 1959, 88; unklar Forsthoff, aaO. S. 218; unrichtig auch die im 4. Kapitel, VII (S. 63 Anm. 98) zitierten Meinungen.

4) Vgl. 8. Kapitel, II (S. 122 ff.).

5) So im Ergebnis auch: Groebe, DVBl. 1959, 757 (762); Friauf, DÖV 1961, 666 (669); Heitzer, aaO. S. 90; Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (728); Gräberdorff, aaO. S. 62; Kienapfel, DÖV 1963, 96 (99); Weides, JuS 1964, 62 (66 Anm. 62); Wolff I, § 50 II, 2 (S. 274); Wolff II, § 77 V (S. 88); BVerwG, DÖV 1961, 302 (303).

II. ART DER FEHLERHAFTIGKEIT

In Literatur und Judikatur ist es geläufig, das Fehlen der erforderlichen Mitwirkung als Verfahrensfehler zu behandeln ⁶⁾. Jedoch wird hier in einseitiger Weise nur der formellrechtliche Aspekt des Mitwirkungsvorbehalts berücksichtigt. Wir hatten bereits im Rahmen der Bestimmung der Rechtsnatur des Mitwirkungsaktes ⁷⁾ dargelegt, daß die Mitwirkungsnorm zwei Funktionen in sich vereinigt, also einen dualistischen Charakter hat. Einmal verpflichtet sie die Hauptbehörde zur Einholung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes. Zum anderen schreibt sie das Vorliegen des Mitwirkungsaktes als materiellrechtliche Voraussetzung für den Erlass des Hauptaktes vor. Nur in seiner ersten Funktion hat der Mitwirkungsvorbehalt verfahrensrechtliche (formellrechtliche) Bedeutung. Insoweit er jedoch der Hauptbehörde gebietet, den Hauptakt nicht ohne oder gegen den Willen der Mitwirkungsbehörde zu erlassen, enthält er materielles Recht. Verstößt die Mitwirkungsbehörde also gegen einen die Übereinstimmung der zusammenwirkenden Behörden vorschreibenden Mitwirkungsvorbehalt, so handelt es sich immer um einen Fall der materiellen Rechtswidrigkeit. Ein daneben bestehender Verfahrensmangel wird hingegen nur begründet, wenn die Hauptbehörde sich nicht nur über den Willen der beteiligten Behörde hinwegsetzt, sondern deren Stellungnahme in Form des übereinstimmenden Mitwirkungsaktes erst gar nicht einholt.

Die durch die herrschende Meinung vorgenommene ausschließliche Einstufung der Verletzung von Mitwirkungsvorschriften in die Kategorie der Verfahrensfehler erscheint insofern merkwürdig, als nicht selten das materiellrechtliche Moment der Fehlerhaftigkeit in der Argumentation der hier kritisierten Auffassung anklingt. So spricht Kienapfel, der bei Verletzung einer Mitwirkungsvorschrift einen "echten Verfahrensmangel" ⁸⁾ annimmt, gleichzeitig von einem Verstoß gegen das "materielle Prinzip der *duae bzw. tres conformes*" ⁹⁾. Ähnliche - auf einen

6) Vgl. v. Stenglin, aaO. S. 21; Bender, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 112; Forsthoff, aaO. S. 218; Eyermann-Fröhler, aaO. Anh. § 42 Rdnr. 7; Heitzer, aaO. S. 85; Peetz, aaO. S. 78; Wittern, aaO. S. 102; Groebe, DVBl. 1959, 757 (762); Haueisen, NJW 1960, 1881 (1883 Anm. 27); Lapeere, ZBR 1960, 97 (101); Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (728); Groschupf, DVBl. 1962, 627 (631); Kienapfel, DÖV 1963, 96 (97); Weides, Jus 1964, 62 (66); Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 292, und Bulling, aaO. S. 153 f. sprechen von einem "Zuständigkeitsmangel"; v. Köhler, aaO. S. 181 nimmt unrichtigerweise einen "Formmangel" an.

7) Vgl. oben 6. Kapitel, II (S. 98 ff.).

8) DÖV 1963, 96 (97).

9) aaO. S. 100.

materiellen Mangel hindeutende - Wendungen finden sich auch bei dem Versuch einer Begründung der besonderen Gravität des Mangels mit dem Argument, die Hauptbehörde entscheide "materiell" ¹⁰⁾ gegen die Auffassung der Mitwirkungsbehörde oder die Mitwirkung habe "materiell bindende Bedeutung" ¹¹⁾. Tritt auch, wie wir sehen, der materiellrechtliche Aspekt des Verstoßes gegen einen Mitwirkungsvorbehalt in der Erörterung mancher Autoren mehr oder weniger deutlich zutage, so besteht doch eine prinzipielle Scheu, einen derartigen Mangel nicht nur als Verfahrensfehler, sondern auch oder allein als Fall der materiellen Rechtswidrigkeit zu bezeichnen ¹²⁾.

Die Vernachlässigung der materiellrechtlichen Seite des Mangels zugunsten einer Überbetonung des formellrechtlichen Aspekts mag in der eigenartigen organisatorisch-verfahrensrechtlichen Verknüpfung der Verwaltungstätigkeit der zusammenwirkenden Behörden begründet sein, welche geeignet ist, die materiellrechtliche Funktion der Mitwirkungsvorschrift zu verdunkeln ¹³⁾. Auch dürften die heute noch bestehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Recht - wie besonders die Verhandlungen auf der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer 1958 gezeigt haben ¹⁴⁾ - mit

10) Heitzer, aaO. S. 85.

11) Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (728).

12) Das zeigt sich besonders anschaulich bei Fittich-Heyer, aaO. § 62 Anm. 17 (S. 224), die zwar der Auffassung sind, daß eine mitbestimmungsgebundene Maßnahme, die ohne Zustimmung der beteiligten Stelle getroffen wird, als rechtlich unwirksam angesehen werden müsse, da sie "nicht nur mit einem Verfahrensmangel behaftet" sei, sich aber typischerweise nicht näher auf die Frage nach der richtigen Fehlerkategorie einlassen.

13) Die Richtigkeit dieser Annahme wird bestätigt, wenn wir uns die Fälle vor Augen führen, bei denen zwar eine organisatorisch-verfahrensrechtliche Verknüpfung der Verwaltungstätigkeit der zusammenwirkenden Behörden fehlt, die Maßnahme einer anderen Behörde jedoch ebenfalls rechtsnormative Voraussetzung für den Erlass eines VAes ist (z.B. behördliche Bescheinigung als tatbestandsmäßige Voraussetzung des VAes einer anderen Behörde). Hier wird bei Erlass des VAes trotz Nichtvorliegens der Voraussetzung (Bescheinigung) ein Fall der materiellen Rechtswidrigkeit angenommen (vgl. Henze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 293; Groschopf, DVBl. 1962, 627 (632); Czermak, NJW 1963, 703 (704)); jedoch besteht zwischen den dortigen Fällen und der von uns untersuchten Fallgruppe in der Problemstellung kein Unterschied.

14) Vgl. VVDStRL Heft 17 (1959), 118 ff.

dazu beigetragen haben, eine befriedigende Klassifizierung der hier auftretenden Mängel zu erschweren. Jedenfalls ist es nach unseren bisherigen Erörterungen nicht gerechtfertigt, das Fehlen einer erforderlichen Mitwirkung nur als Verfahrensfehler zu behandeln¹⁵⁾; denn der oft behauptete gravierende Mangel eines ohne die erforderliche Mitwirkung erlassenen Hauptaktes kann nicht primär darin gesehen werden, daß die Hauptbehörde den vorgeschriebenen Mitwirkungsakt nicht eingeholt hat (verfahrensrechtliche Seite), sondern vielmehr darin, daß sie den Hauptakt ohne oder gegen den eine materiellrechtliche Voraussetzung darstellenden Willen der mitwirkungsberechtigten Behörde erlassen hat (materiellrechtliche Seite).

III. GRAD DER FEHLERHAFTIGKEIT

Ziemliche Uneinigkeit besteht über die Bedeutung dieses Mangels für den Grad der Fehlerhaftigkeit. Teils wird die Mitwirkung als so wesentlich angesehen, daß man bei ihrem Fehlen die Nichtigkeit des Hauptaktes annimmt, teils wird der Hauptakt nur als aufhebbar¹⁶⁾ betrachtet. Keine der beiden Meinungen hat sich bisher endgültig durchsetzen können.

Wenn wir uns der umstrittenen Grenzziehung zwischen nichtigem und aufhebba-rem VA zuwenden, so berühren wir einen neuralgischen Punkt des die Fehlerhaftigkeit von VAen betreffenden - von Forsthoff¹⁷⁾ als die "Pathologie der Verwaltung" bezeichneten - Fragenkreises. Die Fragestellung, ob ein VA wegen eines Fehlers als nichtig oder nur als aufhebbar angesehen werden muß, ist geradezu das "Herzstück"¹⁸⁾ der allgemeinen Problematik des fehlerhaften

15) So auch Badura, JuS 1964, 103 (105), hinsichtlich des insoweit ähnlich gelagerten Falles der fehlenden Mitwirkung des Bürgers beim "mitwirkungsbedürftigen VA".

16) In der Terminologie wird hier Forsthoff, aaO. S. 207, gefolgt. Der Ausdruck "Aufhebbarkeit" erscheint treffender als "Anfechtbarkeit", da er sowohl die durch Einlegung eines Rechtsmittels veranlaßte Aufhebung als auch die einseitige Rücknahme durch die Verwaltungsbehörde umfaßt. Wolff I, § 31, insbes. IV d I unterscheidet zwischen nichtigen und mangelhaften VAen. Die Rechtsfolge der Mangelhaftigkeit ist die Aufhebbarkeit.

17) aaO. S. 204 mit Hinweis auf Werner Weber, ArchÖR N.F. Bd. 34, 60 (83), der von "pathologischen Abnormitäten des Verwaltungslebens" spricht.

18) Winkler, aaO. S. 11.

Staatsaktes und reicht bereits über Generationen. Wir können im Rahmen dieser Abhandlung nicht in extenso auf den üppig wuchernden Theorienstreit eingehen. Es muß hier genügen, ist zur Lösung unseres Qualifizierungsproblems aber auch unumgänglich, die grundsätzlichen Kriterien, die bisher zur Unterscheidung zwischen nichtigen und aufhebbaaren VAen entwickelt worden sind, herauszustellen.

Es wäre unrichtig, a priori von einer Differenzierung der Rechtsfolgen der Fehlerhaftigkeit in Nichtigkeit und Aufhebbarkeit auszugehen. Nach der rechtslogisch-positivistischen Konzeption der reinen (d.h. von allen seinsbezüglichen Elementen "gereinigten") Rechtslehre Kelsens und der von ihm begründeten Wiener Schule gibt es keinen echten, in der Natur der Sache liegenden Unterschied zwischen Aufhebbarkeit und Nichtigkeit. Jeder den rechtlichen Anforderungen nicht entsprechende VA ist mangels einer entgegenstehenden positiv-rechtlichen Regelung ein Nicht-VA¹⁹⁾, weil er dem mit der Rechtsordnung identifizierten Staat aus rechtslogischen Gründen nicht zugerechnet werden kann.

Umgekehrt ist mehrfach die Möglichkeit erwogen worden, von der Unterscheidung zwischen nichtigem und aufhebbaarem VA abzusehen und im Sinne der österreichischen Regelung (§ 68 Abs. 4 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz) nur die Vernichtbarkeit von VAen durch Nichtigerklärung anzuerkennen²⁰⁾.

Während die kraß positivistische Auffassung der Wiener Schule auf allgemeine Ablehnung gestoßen ist, weil die Identifizierung von Staat und Recht an der sozialen Wirklichkeit vorbeigeht und das Wesen des Staates als soziales Machtgebilde juristisch bewußt ignoriert²¹⁾, wurde gegen eine Übernahme der öster-

19) Vgl. insbes. Kelsen, GrUnhZ Bd. 40 (1914), 1 (85 ff.); Mehl, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 195 f.

20) Vgl. Entwurf einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, der zuerst im Jahre 1931 und dann - in geänderter und ergänzter Fassung - im Jahre 1936 veröffentlicht worden ist (Kohlhammer-Verlag Stuttgart), S. 267. Obwohl er diese Lösung für sehr einleuchtend erklärt, entschließt er sich, aus Gründen der Tradition die bisherige Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Aufhebbarkeit beizubehalten.

Vgl. hierzu auch Ule, VA, S. 273 ff.; Jesch, Bindung, S. 127 ff.

21) Vgl. Ule, VA, S. 272; Bender, aaO. S. 105 Anm. 6; Jesch, Bindung, S. 127 Anm. 21: "die Identität von Staat und Recht ist kein Axiom, sondern, wie die Erfahrung lehrt, leider nur ein Postulat"; Winkler, aaO. S. 25 ff.

reichischen Lösung, wonach es keine nichtigen, sondern nur mehr vernichtbare VAe geben soll, mit Recht eingewandt, daß einmal unsere Rechtsordnung zweifelsfrei von dem Unterschied zwischen aufhebbarem und nichtigem VA ausgeht (§§ 42, 43 VeGO) und daß zum anderen dem deutschen Verwaltungsrecht - im Gegensatz zum österreichischen - ein justizförmig gestaltetes aligemeines Verwaltungsverfahren fehlt, welches "Voraussetzung für die Rechtskräftigkeit jedes, auch des fehlerhaftesten VAes" ²²⁾ ist, so daß sich die Kategorie der Nichtigkeit als Folge der Rechtswidrigkeit eines VAes überzeugend nicht ausschließen läßt. Ist demnach also an einer differenzierenden Lösung festzuhalten, so erhebt sich die Frage, nach welchen Gesichtspunkten die Zuordnung einer bestimmten Fehlerfolge (Nichtigkeit oder Aufhebbarkeit) zu einem Fehlertatbestand zu erfolgen hat.

Die früher verwendete logische Methode ²³⁾, wonach man bemüht war, "eine logische Brücke" ²⁴⁾ zwischen Fehlerart und Fehlerfolge in dem Sinne zu schlagen, daß ganz bestimmten Fehlerarten die Nichtigkeitsfolge mehr oder weniger zwangsläufig zugeordnet wurde, hat der Kritik von Seiten der teleologischen ²⁵⁾ bzw. institutionellen ²⁶⁾ Betrachtungsweise nicht standzuhalten vermocht. Danach gibt es keine starre Verbindung von Fehlerkategorie und Fehlerfolge. Vielmehr muß die Rechtsfolge der Mangelhaftigkeit eines VAes durch eine wertende Untersuchung unter Beachtung der konkreten Norm- und Tatlage festgestellt werden. Man gelangt so zu einer weithin kasuistischen Behandlung der Rechtsmängel. Nach dieser sog. objektiven ²⁷⁾ Theorie ist die Erheblichkeit des Mangels das Maß, an dem die Fehlerhaftigkeit des VAes allein gemessen wird. Jedoch wird hier ein bedeutsamer Rechtswert außer acht gelassen: Die Rechtssicherheit im Sinne des Vertrauensschutzes. Deshalb wird gegenwärtig von der wohl herrschenden Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung der Lösungsmethode, die

22) Ule, VA, S. 275. Auch Jesch, Bindung, S. 129, spricht sich für die Beibehaltung der Nichtigkeitskategorie aus, da es in vielen Fällen eine Zumutung für den Bürger bedeuten würde, wenn er einen ganz grob und evident unrechtmäßigen Akt erst noch anfechten müßte.

23) Vgl. beispielsweise Kormann, System, S. 232 ff.; Jellinek, Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen, S. 125, 161.

24) v. Hippel, aaO. S. 44.

25) Vgl. v. Hippel, aaO. S. 22, 42 ff.; Forsthoff, aaO. S. 208.

26) Vgl. Huber II, S. 691 ff.

27) Vgl. Bender, DVBl. 1953, 33 (34); Kienapfel, DÖV 1963, 96 (97).

als sog. Evidenztheorie bezeichnet wird, der Vorzug gegeben²⁸⁾. Danach ist zur Annahme der Nichtigkeit eines VAes neben der Gravität des Mangels seine "Evidenz" für den Betroffenen erforderlich. Nur wenn beide Voraussetzungen (Schwere und Offenkundigkeit des Fehlers) vorliegen, ist das Vertrauen auf die Wirksamkeit eines VAes nicht schutzwürdig und seine Befolgung bzw. Anfechtung dem Belasteten nicht zumutbar²⁹⁾.

Trotz aller Einwendungen³⁰⁾ werden die von der Evidenztheorie entwickelten Kriterien von der überwiegenden Auffassung mit Recht zur Abgrenzung zwischen richtigen und aufhebbaaren VAen benutzt. Die Evidenztheorie ermöglicht einen sinnvollen Ausgleich zwischen dem staatlichen Anspruch auf gebührenden Respekt

28) Der Ausgangspunkt der Evidenztheorie findet sich bereits in der bekannten Formulierung Hatscheks, aaO. S. 102, wonach ein VA dann nichtig ist, "wenn er den Mißbrauch der Organisationsgewalt gewissermaßen auf der Stirn trägt".

Die Evidenztheorie wird heute u. a. vertreten von: Bachof, DÖV 1951, 274 (276); Bender, DVBl. 1953, 33 (34); ders., Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 106; Jesch, Bindung, S. 129 Anm. 28; Klünger, aaO. Anm. F II zu § 42; Koehler, aaO. § 113 Anm. B VI 3; Lerche, aaO. S. 48 f.; Ule, VA, S. 278; Winkler, aaO. S. 31 f.; Heike, DÖV 1962, 416 (418); BVerwGE 11, 106 (108); 11, 195 (199); OVG Münster, DVBl. 1957, 21 (22); HessVGH, ESVGH 8, 137; VGH Stuttgart, ESVGH 8, 100 = DÖV 1958, 712 f.; weitere Beispiele bei Heike, DÖV 1962, 416 Anm. 6 - 8.

29) Vgl. Ule, VA, S. 278 f.

30) Vgl. Thieme, DÖV 1962, 686 ff.; Eyermann-Fröhler, aaO. Anh. zu § 42 Rdnr. 2.

Gegen die Evidenztheorie in ihrer Gesamtkonzeption wendet sich vornehmlich auch Wolff, MDR 1951, 523 (524); Verwaltungsrecht I, S. 279 ff.; er lehnt die Evidenz als selbständiges Kriterium ab, da es zu subjektbezogen sei. Nach der von Wolff vertretenen Theorie der absoluten Rechtswidrigkeit, die eine exakte Klassifizierung der rechtsgreitsbegründenden Tatbestände anstrebt, soll ein VA nur dann nichtig sein, wenn er "absolut" rechtswidrig ist, weil er "tatsächlich unmöglich ist oder unter keinen Umständen (d.h. abstrakt), so wie geschehen, hätte erlassen werden dürfen", wenn er also "beliebiger Sachlage nicht rechtmäßig sein kann" (MDR 1951, 523 (525)); hingegen sei ein VA, dessen rechtliche Fehlerhaftigkeit sich erst bei einer Würdigung der konkreten Umstände erweise, nur "relativ" rechtswidrig und daher auch nur aufhebbar.

Vgl. zur Kritik: Bender, DVBl. 1953, 33 (35 f.); Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 105.

vor seinen Befehlen und dem Individualinteresse, welches einen besonderen Schutz gegen die Allmacht des Staates und insbesondere gegen dessen Verwaltungsallmacht verlangt³¹⁾. Sie dient auch am besten dem Ziel der Bemühungen in Schrifttum und Rechtsprechung, die Nichtigkeitsskategorie, die nicht ein für allemal fest umgrenzt, sondern von den beiden Komponenten der herrschenden Staatsauffassung und des gegebenen Rechtsschutzes abhängig ist³²⁾, angesichts des gegenwärtigen umfassenden Verwaltungsrechtsschutzes weitgehend einzuschränken und Nichtigkeit nur noch in krassen Ausnahmefällen zuzulassen.

Während die Schwere des Fehlers von den Vertretern der Evidenztheorie allgemein durch eine wertende Untersuchung im Sinne der teleologischen Methode festgestellt wird, was sowohl unter Berücksichtigung des Individualrechtswerts (Verwirklichung der Idee der Gerechtigkeit für den einzelnen) als auch des Verwaltungswerts (Erhaltung der Verwaltungsautorität) geschieht³³⁾, gehen die Meinungen über die Maßstäbe, an denen die Offenkundigkeit des Fehlers gemessen werden soll, auseinander. Die meisten Ansichten bemühen sich zur Sicherung einer größtmöglichen Einhelligkeit der Nichtigkeitsentscheidungen um abstrakt-objektive Abgrenzungen. So stellen manche auf das Urteil eines "juristisch Geschulten"³⁴⁾, andere auf das "Erkenntnisvermögen eines neutralen und verständigen Durchschnittsbeobachters"³⁵⁾, wieder andere auf die Erkennbarkeit mit "juristischer Brille"³⁶⁾ oder auf die hypothetische Kenntnis der Gesamtumstände³⁷⁾ oder auf das "Urteil des Durchschnittsbürgers in der Situation des Betroffenen"³⁸⁾ ab³⁹⁾.

Letztere Formulierung erscheint am glücklichsten, da hier den tatsächlichen Gegebenheiten des Lebens in der Weise Rechnung getragen wird, daß dem Betroffenen nur die Kenntnisse z. gerechnet werden, die er tatsächlich hat oder haben kann.

31) Vgl. Bender, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 106; Jesch, Bindung, S. 129; Heike, DÖV 1962, 416 (418); Kienapfel, DÖV 1963, 96 (98).

32) So mit Recht Jesch, Bindung, S. 125. Auf die Rechtsschutzkomponente weisen u. a. auch Ule, VA, S. 278; Forsthoff, aaO. S. 208; Heike, DÖV 1962, 416 und Kienapfel, DÖV 1963, 96 (98) hin.

33) Vgl. Heike, DÖV 1962, 416 (417).

34) Koehler, aaO. § 113 Anh. B VI 3.

35) Heike, DÖV 1962, 416 (418); ähnlich Bender, DVBl. 1953, 33 (36).

36) Lerche, aaO. S. 49; zustimmend Winkler, aaO. S. 32 Anm. 75.

37) Bachof, DÖV 1951, 274 (276); zustimmend Jesch, Bindung, S. 129 Anm. 28.

38) Kienapfel, DÖV 1963, 96 (100).

39) Vgl. zu weiteren Einlassungsversuchen Achterberg, DÖV 1963, 331 (338) Anm. 61).

40) Vgl. auch Achterberg, DÖV 1963, 331 (338): "Der Beurteiler muß das Tatbestandsmerkmal, dessen Evidenz gefordert wird, inhaltlich erfassen"

Andererseits kommt es jedoch nicht darauf an, ob der Aktdressat sich "in concreto" Gedanken über die Gültigkeit des VAes gemacht hat. Dies wäre eine unzulässige psychologisierende und subjektivierende Betrachtungsweise. Vielmehr ist auf Grund einer objektiven Wertung festzustellen, ob der Betroffene unter Berücksichtigung der ihm bekannten Tatsachen verständigerweise auf die Rechtswirksamkeit des VAes hätte vertrauen dürfen ⁴¹⁾.

Unter Zugrundelegung der Evidenztheorie sollen nunmehr die beiden eingangs erwähnten Formen des Verstoßes gegen die Mitwirkungsvorschriften (1. Die Hauptbehörde setzt sich über die Versagung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes hinweg. 2. Die Hauptbehörde übersieht die Pflicht zur Einholung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes.) untersucht werden.

1. Setzt sich die Hauptbehörde über das Nichtvorliegen oder die Versagung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes hinweg ⁴²⁾, so ist der Hauptakt, wie bereits dargelegt, "materiell" rechtswidrig. Es handelt sich in diesem Falle um einen Inhaltsfehler, nicht um einen Verfahrensmangel. Zunächst fragt es sich, ob die Inkongruenz zwischen Mitwirkungsnorm und Hauptakt einen schweren oder leichten Fehler des Hauptaktes nach sich zieht. Die bloße Rechtsnormwidrigkeit eines VAes kann nach allgemeiner Auffassung ⁴³⁾ einen so schweren Fehlergrad, wie er für die Nichtigkeit erforderlich ist, nicht begründen. Die besondere Gravität des Mangels wird jedoch dann bejaht, wenn ein VA nicht nur gegen ein "Gebot", sondern gegen ein rechtsnormatives "Verbot" verstößt ⁴⁴⁾. Es kommt also entscheidend darauf an, ob die hier untersuchten Mitwirkungsvorschriften mit dem "Gebot" der Beteiligung der Mitwirkungsbehörde zugleich ein "Verbot" enthalten, ohne eine solche Beteiligung tätig zu werden. Verbote kennen im öffentlichen Recht nach Forsthoff ⁴⁵⁾ nur dann aus Gebotsnormen

41) Vgl. Kienapfel, DÖV 1963, 96 (100).

Das Abstellen auf einen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsbeobachter bedeutet keine ungerechtfertigte Einschränkung des Vertrauensschutzgedankens, denn "das Recht ist für die Wachen!" (Lerche, aaO. S. 49).

42) Dem ist die Nichtigkeit des Mitwirkungsaktes gleichzusetzen - vgl. 11. Kapitel (S. 135 Anm. 1).

43) Vgl. beispielsweise Bender, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 116; Forsthoff, aaO. S. 226; Wittern, aaO. S. 103.

44) Vgl. Bender, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 115; Forsthoff, aaO. S. 227; Wittern, aaO. S. 103.

45) aaO. S. 228.

hergeleitet werden, "wenn das Ja des Gesetzes in Ansehung bestimmter Möglichkeiten des Verwaltungshandelns zugleich ein betontes Nein zu allen übrigen denkbaren Möglichkeiten in sich schließt". Betrachtet man die verschiedenen Mitwirkungsvorschriften, die die übereinstimmende Mitwirkung der beteiligten Behörde zum Erlaß des Hauptaktes "gebieten", so ergeben sich weder ausdrückliche noch aus der Wertlage ermittelte Anhaltspunkte für die exzeptionelle Annahme eines gleichzeitigen an die Hauptbehörde gerichteten "Verbots", ohne die zustimmende Mitwirkung positiv zu entscheiden. Wollte man die Annahme eines "Verbots" nicht auf die eindeutigen und ausdrücklich angeordneten Fälle beschränken, sondern den Begriff des Verbots in extensiver Weise verstanden wissen, so wäre er zur Abgrenzung von Nichtigkeit und bloßer Aufhebbarkeit (bzw. schwerem und leichtem Fehler) wenig ergiebig; denn wie Bachof 46) mit Recht hervorhebt, enthält bei extensiver Interpretation "letztlich jeder zwingende Rechtssatz zugleich ein gesetzliches 'Verbot', anders als nach Maßgabe des Rechtssatzes zu verfahren". Da die Annahme eines in der Mitwirkungsvorschrift liegenden Verbots bei der hier angebrachten restriktiven Interpretation nicht gerechtfertigt ist, hat die Verletzung des Mitwirkungsvorbehalts lediglich eine leichte, nur zur Aufhebbarkeit führende Fehlerhaftigkeit des Hauptaktes zur Folge 47).

Noch schwerwiegendere Bedenken gegen die Annahme der Nichtigkeit des Hauptaktes ergeben sich - sieht man einmal von der fehlenden Gravität des Fehlers ab - aus dem Erfordernis der "Evidenz" des Mangels. Geht man nämlich von dem "Urteil des Durchschnittsbürgers in der Situation des Betroffenen" aus, so ist zu berücksichtigen, daß der rechtsunkundige Durchschnittsbeobachter die verschiedenen rechtsnormativen Mitwirkungsvorschriften, die das Zusammenwirken mehrerer Verwaltungsbehörden vorschreiben, nicht kennt. Da er von dem Erfordernis der Mitwirkung nichts weiß, vermag er auch nicht die Fehlerhaftigkeit des ohne die Mitwirkung ergangenen Hauptaktes zu erkennen 48). Aber selbst wenn

46) BVerwG, S. 267.

47) So auch OVG Münster, DÖV 1961, 633; Ule, VA, S. 287; Grabendorff, ZBR 1960, 97 (102); Schütz-Frohberg, aaO. § 14 Anm. 5 (S. 100). Demgegenüber wird die Erheblichkeit (Gravität) des Mangels erste Voraussetzung der Nichtigkeit überwiegend auch von denen bejaht, die die Nichtigkeit später wegen der fehlenden Offenkundigkeit (Evidenz) des Mangels zweite Voraussetzung der Nichtigkeit verneinen; vgl. beispielsweise Kienapfel, DÖV 1963, 96 (100).

48) Dem kann nicht entgegengehalten werden, der Staatsbürger müsse die Mitwirkungsvorschriften kennen; andernfalls wäre zu fragen, wie schon v. Stenglin, aaO. S. 21 Anm. 37, richtig ausführt, warum der einzelne gerade diese Teile der Rechtsordnung kennen muß, andere dagegen nicht.

man auf das Urteil eines "juristisch Geschulten", der die Mitwirkungsvorschriften kennt, abstellt, kann man die "Evidenz" der Fehlerhaftigkeit des ohne den vorgeschriebenen Mitwirkungsakt erlassenen Hauptaktes nicht bejahen. Dem außenstehenden Dritten muß nämlich nicht nur evident sein, daß eine solche rechtsnormative Beteiligungsverpflichtung besteht, sondern daß ihr nicht entsprochen worden ist⁴⁹⁾. Auch der juristisch Geschulte, der den von der Hauptbehörde erlassenen VA "durch die geschliffenen Gläser der juristischen Brille" 50) betrachtet, vermag ihm in der Regel nicht anzusehen, ob er ohne den erforderlichen Mitwirkungsakt erlassen worden ist oder nicht⁵¹⁾. Es wird wohl kaum vorkommen, daß die Hauptbehörde dem Adressaten des Hauptaktes eröffnet, sie habe sich über den behördlichen Mitwirkungsvorbehalt hinweggesetzt. Auch besteht keine Pflicht des VA-Adressaten, bei etwaigen Zweifeln an der Rechtmäßigkeit des VAs eigene Nachprüfungen anzustellen oder sich gar bei der Hauptbehörde zu erkundigen, ob der vorgeschriebene Mitwirkungsakt vorgelegen habe. Vielmehr muß der Staatsbürger bei einer an Gesetz und Recht orientierten Verwaltung davon ausgehen können, daß die Hauptbehörde die Mitwirkungsrechte anderer Behörden beachtet hat⁵²⁾. Da es – auch wenn man die Frage nach der Schwere des Mangels offenläßt – jedenfalls an der Offenkundigkeit des Fehlers für den Aktheadressaten mangelt, kann der Hauptakt, der trotz Nichtvorliegens oder Versagung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes erlassen wurde, nicht als nichtig, sondern nur als aufhebbar angesehen werden⁵³⁾.

49) So mit Recht Grabendorff, ZBR 1960, 97 (101 Anm. 61).

50) Kienapfel, DÖV 1963, 96 (100); Lerche, aaO. S. 49.

Dem steht auch das Argument Eckermann-Weiderts, DÖV 1960, 302 (303), entgegen, daß die Offenkundigkeit der Verletzung der Mitwirkungsrechte offenkundig, am Kern der Sache vorbei. Die Bejahung einer solchen These hätte zur Folge, daß jeder "gesetzeswidrige" VA als für den Betroffenen "evident" fehlerhaft betrachtet werden müßte, was sich ernstlich wohl nicht behaupten läßt.

52) Ähnlich auch v. Stenglin, aaO. S. 21; Thomas, DVBl. 1959, 763; Bulling, aaO. S. 153; Kienapfel, DÖV 1963, 96 (100); BVerwG, DÖV 1961, 302 (303).

53) So auch v. Stenglin, aaO. S. 21; Ule, VA, S. 287; Thomas, DVBl.

1960, 302 (303). VA dürfen für dessen Unterrichtung, ob das Mitwirkungsgeheimnis im öffentlichen Interesse oder im Interesse einzelner eingeführt worden ist, nicht gerechtfertigt; Grabendorff, ZBR 1960, 97 (102); Dahlinger, BaWüVBl. 1960, 129 (131 Anm. 20 und 23); Dietz, BaWüVBl. 1961, 65 (68); Peetz, aaO. S. 80; Brügelmann-Förster, aaO. § 36 Anm. 3 d; Schütz-Frohberg, aaO. § 14 Anm. 5 (S. 100); Kienapfel, DÖV 1963, 96 (101); Wittern, aaO. S. 102; Weides, Jus 1964, 62 (66);

2. Zu klären bleibt, ob die Rechtsfolge der Aufhebbarkeit des Hauptaktes auch dann eintritt, wenn die Hauptbehörde den Hauptakt erläßt und dabei die Notwendigkeit der Einholung des Mitwirkungsaktes übersieht.

Gelegentlich wird der erlassene Hauptakt in solchen Fällen für "schwebend unwirksam" gehalten⁵⁴⁾. Thomas⁵⁵⁾ hält demgegenüber den Hauptakt für "schwebend wirksam". Die hier angezogenen Rechtsfiguren der "schwebenden Unwirksamkeit bzw. Wirksamkeit" entstammen dem bürgerlichen Recht. Diese Tatsache allein rechtfertigt noch nicht ohne weiteres ihre Abiehnung für das öffentliche Recht, da wiederholt zivilrechtliche Begriffe und Institute ins öffentliche Recht übertragen worden sind. Die Anknüpfung des Verwaltungsrechts an zivilrechtliche Kategorien muß jedoch mit großer Vorsicht erfolgen; ihre Übernahme ist nur insoweit angängig, als sie für das öffentliche Recht passen und keine eigenen diesbezüglichen Rechtsinstitute des Verwaltungsrechts zur Verfügung ste-

Fortsetzung der Fußnote 53) von Seite 146

Fickert, DVBl. 1964, 173 (177); BVerwG, DÖV 1961, 302 (303); differenzierend Spilling, aaO. S. 154 f., indem er unter verfehlter Anwendung der Lehre über die Zuständigkeitsmängel auf das organisatorische Verhältnis der beteiligten Behörden abstellt.

Nichtigkeit wird hingegen angenommen von: Marschall, aaO. § 3 Anm. 4; Clasen, NJW 1959, 752 (754); (unzutreffend ist vor allem dessen Auffassung, daß dem Gedanken des Vertrauensschutzes bereits durch die Schattenseite der Regelung des VA als ausserordentlich Rechnung getragen werde; vgl. zur Kritik Kienapfel, DÖV 1963, 96 (102)); Groebe, DVBl. 1959, 757 (762); Klinger, aaO. § 42 F II c (S. 171); Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 296; Friauf, DÖV 1961, 666 (669 Anm. 44); Heitzer, aaO. S. 85; Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (728); Forsthoff, aaO. S. 218; Scheerbarth, aaO. S. 250; LVG Köln, ZBR 1958, 206 (208). Der Hinweis Groebes, aaO. S. 762, und Forsthoffs, aaO. S. 218, auf die anhaltende Rechtslage des VA widmungsbefreiung hat die Auffassung von der Nichtigkeit des Hauptaktes nicht zu überzeugen. Abschließen davon, daß die Nichtigkeit einer ohne die Zustimmung erfolgten Widmung mit guten Gründen bekämpft wird (vgl. Wolff I, § 56 III 2 (S. 322); Weides, JuS 1964, 66; Kienapfel, DÖV 1963, 102), liegt die rechtliche Situation anders, als es sich bei der Widmung um einen adressatlosen VA handelt, so daß der Gedanke des Vertrauensschutzes keine einwirkende Rolle spielt, vgl. auch Peetz, aaO. S. 82.

54) Vgl. Peters, aaO. S. 167; Clasen, NJW 1959, 752 (754); Scheerbarth, aaO. S. 250; Bulling, aaO. S. 156.

55) DVBl. 1959, 763.

hen⁵⁶⁾. Unter diesem Gesichtspunkt begegnen die Begriffe der "schwebenden Unwirksamkeit bzw. Wirksamkeit" als Strukturelemente der VA-Lehre starken Bedenken. Abgesehen davon, daß einseitige, aber unvollständige Gestaltungsgeschäfte selbst im Zivilrecht nie zu einem Schwebezustand, sondern stets zur Nichtigkeit führen⁵⁷⁾, ist zu berücksichtigen, daß der Staat oder ein sonstiges mit Hoheitsbefugnissen ausgestattetes Rechtssubjekt beim Erlass eines VAs als übergeordnete Macht dem untergeordneten Staatsbürger gegenübertritt. Es würde gegen die rechtsstaatlichen Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes verstoßen, wenn die übergeordnete Gewalt, die gegenüber dem Bürger die stärkere Position einnimmt, den Adressaten des VAs für unbestimmte Zeit über die Wirksamkeit der hoheitlichen Anordnung im Ungewissen lassen könnte. Vielmehr hat die Verwaltungsbehörde durch ihren VA sofort klare Verhältnisse zu schaffen⁵⁸⁾ und für ihre hoheitliche Äußerung einzustehen, womit sich ein Schwebezustand nicht verträgt⁵⁹⁾. Der Versuch, durch eine unkritische Anleihe beim bürgerlichen Recht zu einem befriedigenden Ergebnis zu gelangen, hält also einer genaueren Überprüfung nicht stand⁶⁰⁾.

Das Problem spitzt sich also auch hier wieder auf die Frage der Nichtigkeit oder Aufhebbarkeit des - bei versehentlicher Nichteinholung der vorgeschriebenen Mitwirkung - erlassenen Hauptaktes zu. Vergleicht man den hier untersuchten Rechtsverstoß mit dem bereits erörterten Fall, in dem sich die Hauptbehörde bewußt über die Versagung des Mitwirkungsaktes hinweggesetzt hat, so besteht lediglich der formell-rechtliche Unterschied, daß die Hauptbehörde im letzteren Fall der beteiligten Behörde Gelegenheit zur Stellungnahme gibt und sich dann über die Stellungnahme hinwegsetzt, während sie im ersteren Fall den Mitwirkungsakt versehentlich erst gar nicht einholt (verfahrensrechtliche Seite). Materiell-rechtlich unterscheiden sich die beiden Rechtsverstoße jedoch nicht. In beiden Fällen erläßt die Hauptbehörde ihren VA ohne oder gegen den eine materielle rechtliche Voraussetzung darstellenden Willen der mitwirkungsberechtigten Behörde. Die Tatsache, daß die Hauptbehörde das eine Mal bewußt, das andere Mal versehentlich gegen den Mitwirkungsvorbehalt verstößt, läßt hinsichtlich

56) Vgl. hierzu insbes. Giacometti, aaO. S. 125 ff.; Forsthoff, aaO. S. 154, 161.

57) Hierauf weist zutreffend Kienapfel, DÖV 1963, 96 (98) hin.

58) Groebe, DVBl. 1959, 757 (762).

59) Nicht zu verwechseln ist hiermit die Frage, ob ein fehlerhafter VA heilbar ist; vgl. hierzu unten IV (S. 149 ff.).

60) So auch Groebe, DVBl. 1959, 757 (762); Peetz, aaO. S. 82; Heitzer, aaO. S. 87; Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (728); Kienapfel, DÖV 1963, 96 (98).

lich der Gradation der Fehlerfolgen keine unterschiedliche Beurteilung zu. Es ist hinreichend bekannt und bedarf keiner näheren Erörterung, daß der VA als einseitige Emanation der hoheitlichen Gewalt nicht "aus der psychologischen Situation des ihn erlassenden Beamten, sondern ausschließlich im Rahmen der objektiven Sinnbezüge des Verwaltungshandelns" ⁶¹⁾ zu beurteilen ist. Da der hier untersuchte Rechtsverstoß mit der bereits behandelten Rechtsverletzung in materiell-rechtlicher Hinsicht kongruent ist, kommen in Ansehung der Fehlerfolgen die gleichen Erwägungen zum Tragen, wie wir sie bereits bei der bewußten Verletzung des Mitwirkungsvorbehalts angestellt haben. Auch hier führt also die Fehlerhaftigkeit wegen mangelnder Schwere und Offenkundigkeit nur zur Aufhebbarkeit des Hauptaktes ⁶²⁾.

IV. HEILBARKEIT DES MANGELS

Fraglich ist es, ob die Fehlerhaftigkeit des ohne die erforderliche - übereinstimmende - Mitwirkung erlassenen Hauptaktes durch nachträgliche Vornahme der rechtsnormativ vorgeschriebenen Mitwirkungshandlung geheilt werden kann ⁶³⁾.

Das Bundesverwaltungsgericht stellt in einer grundsätzlichen Entscheidung ⁶⁴⁾ zu diesem Problem auf Sinn und Inhalt der zur Anwendung stehenden Regelung ab und hält die nachträglich vorgenommene Mitwirkung nur dann für ausreichend, wenn sie den der Beteiligungsverpflichtung zugrunde liegenden Erwägungen "in gleicher Weise Rechnung trägt wie eine gesetzesreue Verwaltungsausübung". Nach

61) So treffend Forsthoff, aaO. S. 191.

62) Hinsichtlich der Rücknehmbarkeit fehlerhafter begünstigender oder belastender Hauptakte muß auf die von Lehre und Rechtsprechung entwickelte Grundsätze verwiesen werden (vgl. beispielsweise Bachof, BVerwG, S. 269 ff.). Zur Rücknahme des fehlerhaften VAs durch die Hauptbehörde ist die Mitwirkung der beteiligten Behörde nicht erforderlich.

63) Diese Frage stellt sich nur bei Annahme der bloßen Aufhebbarkeit des fehlerhaften Hauptaktes. Geht man hingegen von der Nichtigkeit des Hauptaktes aus, so ist allen Theorien über eine mögliche Heilung der Boden entzogen; denn "da es sich um ein juristisches Nichts handelt, kann auch eine Heilung des anhaftenden Mangels die Gültigkeit nicht herstellen" (Forsthoff, aaO. S. 208; vgl. hierzu auch Heinze, VerwArch, Bd. 52 (1961), 295; Heitzer, aaO. S. 87; Bulling, aaO. S. 150).

64) E 11, 196 (205 f.) = DÖV 1961, 302 (305).

dieser wohl zutreffenden Auffassung⁶⁵⁾ kommt es also entscheidend darauf an, ob Wortlaut oder Sinn der das Zusammenwirken verschiedener Verwaltungsbehörden vorschreibenden Rechtsnormen eine vorgängige Beteiligung zwingend fordern oder nicht.

Betrachtet man unter diesem Aspekt die verschiedenen - eine Übereinstimmung der zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden vorschreibenden - Mitwirkungsvorschriften, so zeigt sich, daß deren Funktion im Gegensatz zu den Mitwirkungsvorbehalten, die keine Übereinstimmung der zusammenwirkenden Behörden vorschreiben (z.B. Anhörung, Benehmen, Gutachten), nicht darin besteht, der Hauptbehörde eine Beurteilungsgrundlage für ihre Entscheidung zu gewährleisten. Vielmehr ist es Hauptzweck dieser Mitwirkungsnormen, der beteiligten Behörde durch die Kompetenz zur verbindlichen Mitbestimmung darüber, ob der Hauptakt erlassen werden kann oder nicht, ein wirkungsvolles Kontrollrecht gegenüber der Hauptbehörde einzuräumen. Die Unzulässigkeit einer nachträglichen Heilung des fehlerhaften Hauptaktes kann also nicht auf das Argument gestützt werden, nur eine vorgängige Beteiligung werde dem Sinn der Mitwirkungsvorschriften gerecht, weil die beteiligte Behörde durch ihre Überzeugungskraft auf die Entscheidung der Hauptbehörde Einfluß nehmen müsse⁶⁶⁾, was nach abgeschlossener Willensbildung nicht mehr möglich sei. In solchem Zweck der Willensbeeinflussung liegt den hier behandelten Mitwirkungsakten nicht zuzunehmen⁶⁷⁾, jedoch verdient in diesem Zusammenhang ein anderer Gesichtspunkt unsere Beachtung. Es stellt sich nämlich die Frage, ob nicht wie bereits bemerkt, das die Mitwirkungsbehörde trotz eventueller Bedenken nachträglich ihre Einwilligung zu dem ohne die vorherige Mitwirkung erlassenen Hauptakt erteilt, weil es aus Gründen der Staatseffizienz bei dem einmal Ver-

65) So auch Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 295; Groschupf, DVBl. 1962, 627 (633); Bachof, BVerwG, S. 268; Wolff I, § 51 V b 1 (S. 289); Bulling, aaO. S. 155; Kienapfel, DÖV 1963, 96 (99 Anm. 39).

66) Dieses Argument wird uns bei der Untersuchung der Rechtmäßigkeit von Verträgen gegen Mitwirkungsvorbehalte, die keine Übereinstimmung der zusammenwirkenden Behörden vorschreiben, noch eingehend beschäftigen.

67) Das Bundesverwaltungsgericht, DÖV 1961, 302 (305), vertritt demgegenüber die Auffassung, der Zweck der Einflussnahme auf die Willensbildung bei den hier behandelten Fällen stehe zwar nicht so sehr im Vordergrund wie bei den Mitwirkungsvorbehalten, die lediglich eine Anhörung vorschreiben, er sei jedoch auch hier vorhanden.

68) Worauf das StwG, DÖV 1961, 302 (305) zutreffend hinweist, vgl. auch BayVGh, BayVBl. 1963, 156 (157).

lautbarten sein Bewenden haben soll. Diese Gefahr liegt besonders beim Zusammenwirken oberster Landesbehörden der gleichen Körperschaft nahe. Hier wird die Mitwirkungsbehörde in der Regel geneigt sein, etwaige Bedenken, die bei rechtzeitiger Einholung des Mitwirkungsaktes zu dessen Verweigerung geführt hätten, aus verwaltungspolitischen Gründen zurückzudrängen und sich mit dem einmal Verlautbarten abzufinden. Diese Gefahr ist jedoch auch beim Zusammenwirken anderer Behörden der gleichen Körperschaft nicht ganz von der Hand zu weisen, zumal hier die Möglichkeit besteht, die Entscheidung der Mitwirkungsbehörde aus Gründen der Staatsautorität zugunsten des bereits verlautbarten oder womöglich schon verwirklichten Hauptaktes zu beeinflussen. Gehören Haupt- und Mitwirkungsbehörde demgegenüber verschiedenen Körperschaften an, so ist kein Grund für die Annahme ersichtlich, daß die nachträgliche Mitwirkung von solchen Erwägungen beeinflusst wird. In diesen Fällen besteht für die Mitwirkungsbehörde kein Anlaß, ihre nachträgliche Stellungnahme ohne weitere Sachprüfung allein aus verwaltungspolitischen Gründen im Sinne des bereits erlassenen Hauptaktes abzugeben, sondern sie wird ihre Entscheidung ohne Rücksicht auf den bereits erlassenen Hauptakt allein an den für sie maßgebenden Vorschriften ausrichten. Gegen die Annahme, die Entscheidung der Mitwirkungsbehörde könne im letzteren Falle durch verwaltungspolitische Erwägungen beeinflusst werden, spricht vor allem auch die Tatsache, daß der beteiligten Behörde in den meisten Fällen die Mitwirkungsbefugnis zur Wahrnehmung eigener Interessen eingeräumt worden ist. Dem Sinn der verschiedenen Mitwirkungsregelungen wird also nur eine differenzierende Lösung unseres Problems gerecht. Eine nachträgliche Heilung des fehlerhaften Hauptaktes durch Erteilung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes ist nur dann zulässig, wenn die Gefahr einer Beeinflussung der Mitwirkungsentscheidung durch verwaltungspolitische Erwägungen nicht gegeben ist. Eine solche Gefahr besteht, wie wir sahen, grundsätzlich dann, wenn Behörden der gleichen Körperschaft zusammenwirken, so daß in diesen Fällen eine nachträgliche Heilung ausscheidet. Gehören die zusammenwirkenden Behörden jedoch verschiedenen Körperschaften an, so steht einer nachträglichen Heilung des Beteiligungsmangels nichts im Wege⁶⁹⁾.

69) Ähnlich auch Kienapfel, DÖV 1963, 96 (99 Anm. 39), der die Unzulässigkeit der nachträglichen Heilung jedoch auf das Zusammenwirken der obersten Landesbehörden der gleichen Körperschaft begrenzt; teilweise a. M. Bulling, aaO. S. 156.

12. KAPITEL: VERSTOSS GEGEN MITWIRKUNGSNORMEN, DIE KEINE ÜBEREINSTIMMUNG DER ZUSAMMENWIRKENDEN VERWALTUNGSBEHÖRDEN VORSCHREIBEN

1. RECHTSWIDRIGKEIT, FEHLERTYPUS UND FEHLERGRAD

Die Rechtswidrigkeit eines gegen einen "rechtssatzmäßig" normierten Mitwirkungsvorbehalt verstößenden Hauptaktes ist auch dann zu bejahen, wenn die Übereinstimmung der zusammenwirkenden Behörden nicht vorgeschrieben ist, sondern der Mitwirkungsbehörde lediglich das Recht zusteht, durch ihre Überzeugungsraft auf die Entscheidung der Hauptbehörde Einfluß zu nehmen, ohne indessen die Entscheidungsfreiheit der Hauptbehörde beeinträchtigen zu können (z.B. Anhörung, Berathen, Gutachten). Unterläßt es die Hauptbehörde in diesen Fällen, der mitwirkungsberechtigten Behörde rechtzeitig die Möglichkeit zur Stellungnahme zu geben, so verstößt sie gegen zwingendes Recht, was die Fehlerhaftigkeit des Hauptaktes zur Folge hat¹⁾. Die gegenteilige Auffassung von Czermak²⁾, wonach etwaige Mängel beim Zusammenwirken verschiedener Behörden nicht zur Rechtswidrigkeit des Hauptaktes führen sollen, vermag nicht zu überzeugen. Durch eine solche These wird der rechtssatzmäßige Mitwirkungsvorbehalt negiert. Die Befahrung einer allgemeinen Regel des Inhalts, daß die Verletzung von Verfahrensverstößen bei "materieller Richtigkeit" des

1) So die weitaus überwiegende Meinung; vgl. beispielsweise: Fitting-Heyer, aaO. Erl. 16 zu § 61 (S. 216); Knoll, DÖV 1958, 357 (358); Grabendorff, ZBR 1960, 97 (99); Friauf, DÖV 1961, 666 (668 f. unter II 2 a.E.); Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 294; Peetz, aaO. S. 88; Heitzer, aaO. S. 74 f.; Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (729); Bulling, aaO. S. 109; Turegg, aaO. S. 142; Weides, JuS 1964, 62 (66); Wolff I, § 51 IV b 5 (S. 286); Eyermann-Fröhler, aaO. Anh. § 42 Rdnr. 7; Landmann-Rohmer, aaO. (12. Aufl. 1963) § 35 Rdnr. 103; VGH Bebenhausen, VerwRspr. Bd. 9, 662 (665); LSozG Ba.-Wü., DÖV 1958, 392; OVG Rheinland-Pfalz, ZBR 1958, 376; BzVG Koblenz, ZBR 1960, 131 (132); BVerwGE 9, 69 (72) = DVBl. 1959, 747; BVerwG, E 5, 18 (19) = DVBl. 1958, 22 mit zustimmender Anm. von Sellmann. Bedenklich demgegenüber BVerwGE 5, 79 (83 f.) = JZ 1958, 356 (358) mit Anm. von Hildegard Krüger (hier handelt es sich allerdings um die unterbliebene Anhörung des Betroffenen).

2) NJW 1963, 703 (704), der auf Groschupf, DVBl. 1962, 627 ff., Bezug nimmt.

VAes unbeachtlich sei, würde die rechtspolitische Funktion der Verfahrensnormen hinfällig machen ³⁾.

Fraglich ist es hingegen, ob auch der Verstoß gegen einen in einer bloßen Verwaltungsvorschrift enthaltenen Mitwirkungsvorbehalt, der das Recht der Mitwirkungsbehörde zu einer gutachtlichen Stellungnahme normiert, zur Rechtswidrigkeit des Hauptaktes führt. Das Bundesverwaltungsgericht ⁴⁾ hat die Ablehnung eines Aufbaudarlehens aufgehoben, weil die in § 15 der Weisung über Aufbaudarlehen (Verwaltungsvorschrift!) vorgeschriebene Anhörung eines Vertreters der Geschäftengruppe "so wesentlich (sei), daß ohne sie der gesamte VA als fehlerhaft anzusehen ist".

Die ohne nähere Begründung und mit überraschender Selbstverständlichkeit angenommene Rechtswidrigkeit des gegen eine Verwaltungsvorschrift verstoßenden VAes wird erst dann verständlich, wenn man berücksichtigt, daß das Bundesverwaltungsgericht unter dem Gesichtspunkt der sog. Selbstbindung der Verwaltung "mittelbar" zu einer rechtssatzähnlichen Wirkung der Verwaltungsvorschriften gelangt ⁵⁾. Zur näheren Begründung der von der neueren Lehre und Rechtsprechung vertretenen unmittelbaren ⁶⁾ oder über Art. 3 GG erzielten Beachtlichkeit von

3) Vgl. Bachof, BVerwG, S. 265.

Zu Recht führt auch das Bundesverwaltungsgericht, (E 9, 69 (72), in einem zu § 35 Abs. 2 Schwerbeschädigtengesetz ergangenen Urteil aus, daß die Verwaltungsbehörde auch nicht deshalb von der Beachtung der Vorschrift, die die Anhörung der Hauptfürsorgestelle vor Erlass bestimmter VAe vorschreibt, entbunden sein könne, weil die Stellungnahme der Hauptfürsorgestelle nur gutachtlichen Charakter habe. "Eine entgegenstehende Auffassung würde die Schutzvorschrift des § 35 Abs. 2 in allen Fällen illusorisch machen und sie entgegen ihrem eindeutigen Wortlaut aus einer Mußvorschrift in eine Kannvorschrift verwandeln."

4) E 5, 44 (47).

5) Vgl. BVerwGE 4, 135 (139); ebenso BVerfGE 8, 155 (168): "Eine bei der gerichtlichen Überprüfung etwa festgestellte Verletzung von allgemeinen Verwaltungsvorschriften hat in der Regel die gleiche Auswirkung wie eine festgestellte Verletzung von Rechtsnormen über diese Fragen." Vgl. auch die weiteren im 8. Kapitel, II (S. 123 Anm. 9 und 10) angeführten Urteile des BVerwG.

6) Eine unmittelbare Verbindlichkeit der Verwaltungsvorschriften nimmt Jesch (JZ 1960, 282 (283); Gesetz, S. 232 ff.) an.

Verwaltungsvorschriften in der Außenwelt (gegenüber Gericht und Bürger) kann auf die Erörterungen im Rahmen der Untersuchung der Rechtsnatur von Mitwirkungsakten, die auf Verwaltungsvorschriften beruhen, verwiesen werden ⁷⁾. Während wir eine unmittelbare oder mittelbare rechtliche Außenwirkung von Verwaltungsvorschriften, die eine Übereinstimmung der zusammenwirkenden Behörden vorsehen, verneinen haben, weil andernfalls durch Verwaltungsvorschrift eine unzulässige Zuständigkeitsregelung getroffen würde (der Mitwirkungsbehörde würde nämlich die Zuständigkeit zur Vornahme eines VAs übertragen), zeigt sich demgegenüber bei Verwaltungsvorschriften, die nur das Recht der Mitwirkungsbehörde zur beratenden Stellungnahme festlegen, eine andere rechtliche Situation. Hier wird bei Annahme einer unmittelbaren oder mittelbaren rechtlichen Relevanz des Mitwirkungs vorbehalts in der Außenwelt nicht die Zuständigkeit der Mitwirkungsbehörde zur Vornahme eines Honeitsaktes (unmittelbare rechtliche Außenwirkung impliziert). Wie wir sehen ⁸⁾, hat nämlich der Mitwirkungsakt, dessen Funktion sich darin erschöpft, der Hauptbehörde eine beratende Aufgabe zu übertragen, die Entscheidung zuzuschicken, den Charakter einer Verwaltungsvorschrift. Die aus dem Gesichtspunkt einer unzulässigen Zuständigkeitsregelung gegen die Beschränktheit von Verwaltungsvorschriften in der Außenwelt geltenden ⁹⁾ stellen also an die hier behandelten Verfahrensvorschriften nicht zu. Schließt man sich den moderneren Auffassungen an, die sich auf die Rechtsprechung an, wonach Verwaltungsvorschriften, die nur gegen Verwaltungsorgane (nicht gegen unmittelbar oder mittelbar an ihnen beteiligte Bürger) ausgesprochen werden, die Wirkung von revisiblen Normen des objektiven Rechts zukommt ¹⁰⁾ und verlangt man sich die rechtliche Wirkung der Rechtsnatur der Verwaltungsvorschriften, die Frage nach der Rechtsnatur des Verwaltungsaktes, der sich auf die Verwaltungsvorschriften stützt, den Hauptaktes im bejahenden Sinne zu beantworten. Das zunächst nicht abschließende Ergebnis dürfte demnach sein, daß die Verwaltungsvorschriften durchaus einen richtigen Kern, wenn auch im konkreten Fall wegen des gesetzlich festgelegten Charakters der beschränkten Verwaltungsvorschriften erhebliche Bedenken gegen deren Beachtlichkeit in der Außenwelt und damit gegen die Rechtsnatur der Verwaltungsvorschriften im Hinblick auf die Zuständigkeitsregelung

7) Vgl. oben 8. Kapitel, II (S. 122 ff.).

8) Vgl. oben 10. Kapitel (S. 132 ff.).

9) Vgl. oben 8. Kapitel, II (S. 122 ff.).

10) Vgl. Anm. 5 dieses Kapitels (S. 153).

Jesch, AÖR, Bd. 84 (1959), 74 (84), verlangt die Rechtssatzform dann, wenn Verfahrensbestimmungen den Staatsbürger unmittelbar betreffen.

12) E 5, 44 (47).

zuwiderlaufenden VAes bestehen¹³⁾.

Da die hier untersuchten Mitwirkungsvorbehalte nicht das Vorliegen des übereinstimmenden Mitwirkungsaktes als materiellrechtliche Voraussetzung für den Erlaß des Hauptaktes vorschreiben, sondern lediglich die Verpflichtung der Hauptbehörde statuieren, der mitwirkungsberechtigten Behörde Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, kommt ihnen nur eine formellrechtliche (verfahrensrechtliche) Funktion zu. Ein Verstoß gegen einen solchen Mitwirkungsvorbehalt hat daher nur einen Verfahrensmangel¹⁴⁾ zur Folge¹⁵⁾.

Über die Bedeutung dieses Mangels für den "Grad" der Fehlerhaftigkeit bestehen im Gegensatz zum Fehlergrad eines Hauptaktes, der gegen einen die Übereinstimmung der zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden vorschreibenden Mitwirkungsvorbehalt verstößt, kaum Meinungsverschiedenheiten. Nach fast einhelliger Auffassung führt ein Verstoß gegen die Verpflichtung zur Einholung der beratenden Stellungnahme einer anderen Behörde lediglich zur Aufhebbarkeit, nicht aber zur Nichtigkeit des fehlerhaften Hauptaktes¹⁶⁾. Dem ist voll beizupflichten. Die Richtigkeit der Annahme einer bloßen Aufhebbarkeit wird bestätigt, wenn wir uns die Überlegungen vergegenwärtigen, die wir zum Fehlergrad des gegen einen

- 13) Das Bundesverwaltungsgericht [E 5, 55 (47)] führt aus, § 15 Abs. 3 S. 2 und Abs. 2 S. 3 u. 4 der Weisung über Aufbaudarlehen halte sich im Rahmen der §§ 345, 346 LAG. Jedoch bestehen hinsichtlich der Gültigkeit des § 346 Abs. 1 S. 1 LAG starke Zweifel. Besch, BVR Bd. 84 (1959), 74 ff., hält diese Bestimmung entgegen der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts [E 8, 175 ff.] wegen Unvereinbarkeit mit Art. 80 Abs. 1 GG für verfassungswidrig. Vgl. auch Bachof, BVerwG, S. 112.
- 14) Insoweit ist die h.L. zutreffend; vgl. oben Kapitel 11, II (S. 137 Anm. 6).
- 15) Vgl. die Schrifttums- und Rechtsprechungshinweise in Anm. 1 dieses Kapitels (S. 152). Zur Annahme der Nichtigkeit eines gegen einen beratenden Mitwirkungsvorbehalt verstößenden Unescheut lediglich Knoll, DVV 1978, 907 ff., dessen Überlegungen sich aber nur auf den Fall der Ernennung eines Verwalters¹⁷⁾ der Sozialgerichtsbarkeit ohne die in § 11 SGG vorgeschriebene Beratung¹⁸⁾ beziehen. Dieser Fall hat indeed einen anderen Charakter, als eine Aufhebungsmöglichkeit gegen eine fehlerhafte Verwaltung, die ohne die vorgeschriebene Beratung im Ausschuß erfolgt ist, besteht. Die Überlegungen Knolls, die die Nichtigkeit der Ernennung als einzig wirksame Sanktion gegen die Rechtsverletzung erscheinen lassen, sind also stark durch Rechtsschutzerwägungen beeinflusst.

Mitwirkungsvorbehalt "bei erforderlicher Übereinstimmung" verstoßenden Hauptaktes angestellt haben. Wurde dort die Nichtigkeit des Hauptaktes wegen mangelnder Schwere und Offenkundigkeit des Fehlers verneint, so trifft dies angesichts der weniger schwerwiegenden Rechtsverletzung erst recht für die hier untersuchten Fälle zu.

II. HEILBARKEIT DES MANGELS

Einer genaueren Untersuchung bedarf die Frage, ob ein derartiger Beteiligungs-mangel nachträglich geheilt werden kann. Während vor allem die Rechtsprechung, insbesondere das Bundesverwaltungsgericht¹⁶⁾, die Möglichkeit einer nachträglichen Heilung verneint, wird von einem Teil des Schrifttums¹⁷⁾ die Heilbarkeit unter bestimmten Voraussetzungen für zulässig erachtet.

Auch hier kann nur eine Besinnung auf den Zweck einer solchen Beteiligungsverpflichtung zu einer befriedigenden Lösung führen. Der Normgeber schreibt Beteiligungsverpflichtungen (Anhorung, Benehmen, Gutachten) nicht vor, damit sie nur der äußeren Form nach erfüllt werden, sondern er geht selbstverständlich davon aus, daß die Hauptbehörde das Vorbringen der beteiligten Behörde prüft und gegebenenfalls auch berücksichtigt. Die Mitwirkungsbehörde soll mit Hilfe ihres Beteiligungsrechts in die Lage versetzt werden, der Hauptbehörde durch die Geltendmachung der verschiedenen für oder gegen den Erlaß des Hauptaktes sprechenden Gesichtspunkte eine Beurteilungsgrundlage zu verschaffen und damit maßgeblich auf deren Entscheidung Einfluß zu nehmen. Die Argumente der Mitwirkungsbehörde können aber nur dann Berücksichtigung finden, wenn sie "vor" Erlaß des Hauptaktes vorgetragen werden. Die Heilbarkeit des ohne Beachtung der Beteiligungsverpflichtung erlassenen und deshalb fehlerhaften Hauptaktes durch eine nachträgliche Beteiligung der mitwirkungsberechtigten Behörde kann folglich nicht mit dem Gesichtspunkt begründet werden, es sei gleichgültig, ob die Stellungnahme der beteiligten Behörde vor oder

16) Vgl. BVerwGE 5, 18 (19) = DVBl. 1958, 22 f. mit zustimmender Anm. von Sellmann; BVerwG, MDR 1959, 687; BVerwGE 9, 69 (71 f.) = DÖV 1960, 227 f.; BVerwG, BaWüVBl. 1964, 59 (60 f.) = DVBl. 1964, 629 (630 f.); vgl. auch OVG Rheinland-Pfalz, ZBR 1958, 376; Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 295; Bulling, aaO. S. 158; Evermann-Fröhler, aaO. Anh. § 42 Rdnr. 7; Landmann-Rohmer, aaO. (12. Aufl. 1963) § 35 Rdnr. 103.

17) Vgl. etwa Fitting-Heyer, aaO. Erl. 16 (S. 216); Grabendorff, ZBR 1960, 97 (99 Anm. 31); Peetz, aaO. S. 87 ff.; Henze, aaO. S. 88; Weides, JuS 1964, 62 (66).

nach Erlaß des Hauptaktes erfolge, da die Hauptbehörde durch den Mitwirkungsakt in ihrer Entscheidungsfreiheit nicht beeinträchtigt werde, sondern sich über die Stellungnahme der beteiligten Behörde hinwegsetzen könne. Zwar geht in den hier untersuchten Fällen die Befugnis der Mitwirkungsbehörde nicht so weit, daß sie den Erlaß des positiven Hauptaktes verhindern könnte. Jedoch darf deshalb die Bedeutung des Mitwirkungsaktes "bei nicht zureichender Übereinstimmung" nicht unterschätzt werden. Es besteht durchaus die Möglichkeit, daß sich selbst die widerwillig zuhörende oder bereits entschiedene Behörde von den Argumenten der Mitwirkungsbehörde beeinflussen läßt¹⁸⁾. Hat die Hauptbehörde jedoch ihre Entscheidung einmal ausgesprochen, so wird sie sich nur in ganz besonderen Ausnahmefällen dazu bereiten finden, ihren VA wieder rückgängig zu machen, selbst wenn nachträglich von der Mitwirkungsbehörde gewichtige Gründe gegen die ergangene Entscheidung vorgebracht würden. Hier würde also die nachträgliche Stellungnahme der beteiligten Behörde "leicht zum bloßen Formalakt herabsinken"¹⁹⁾ und den Zweck der Mitwirkungs Vorschrift verfehlen²⁰⁾.

Auch in den Fällen, in denen ein Ermessensspielraum für die Hauptbehörde nicht besteht, sondern der Erlaß des Hauptaktes bei Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts zwingend vorgeschrieben ist, hat die "vorherige Stellungnahme" der Mitwirkungsbehörde in der Regel mehr als theoretische Bedeutung. Ist an einen bestimmten Tatbestand ein bestimmtes Verwaltungshandeln zwingend geknüpft, so hat die Stellungnahme der beteiligten Behörde die recht bedeutsame Funktion, unter Umständen das Vorliegen des Tatbestandes in Zweifel zu ziehen. Es ist nämlich, wie das Bundesverwaltungsgericht mit Recht hervorhebt²¹⁾, keinesfalls zwingend, daß der Tatbestand von Haupt- und Mitwirkungsbehörde übereinstimmend beurteilt wird²²⁾. Zweck der Mitwirkungs Vorschrift ist es deshalb,

18) So zutreffend Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 294.

19) Sellmann, DVBl. 1958, 23.

20) Ähnlich auch BVerwGE 9, 69 (71); der Leitsatz der Entscheidung ist insoweit unzutreffend, als es dort heißt, die Nachholung bewirke nicht, daß der Hauptakt "rechtswirksam" werde, die Stellungnahme der Mitwirkungsbehörde ist nicht - das wird im Urteil (aaO. S. 72) auch ausdrücklich festgestellt - Wirksamkeitsvoraussetzung, sondern nur Voraussetzung der Rechtmäßigkeit des Hauptaktes.

Vgl. weiterhin DVG Rheinland-Pfalz, ZBR 1961, 870; Heinze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 295.

21) BVerwGE 9, 96 (71).

22) Hingewiesen sei in diesem Zusammenhang vor allem auch auf die mögliche Unterschiedlichkeit der Meinungen bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe.

der Mitwirkungsbehörde Gelegenheit zu geben, ihre etwaige abweichende Beurteilung der Sach- und Rechtslage darzutun und damit die Hauptbehörde vor einer möglichen Fehlentscheidung zu bewahren. Auch hier ist also die Notwendigkeit einer "vorherigen" Beteiligung der mitwirkungsberechtigten Behörde gegeben.

Am deutlichsten tritt die Divergenz der Meinungen zur Heilbarkeit des Beteiligungsmangels in den Fällen in Erscheinung, in denen die Mitwirkungsbehörde nachtraglich keine Einwendungen gegen den Erlaß des Hauptaktes erhebt oder sich sogar ausdrücklich billigend ausspricht. Hier vertritt besonders Grabendorff²³⁾ den Standpunkt, daß der Mangel durch die nachträgliche ordnungsgemäße Beteiligung geheilt werde. Zur Begründung führt er aus, es sei nicht recht einzusehen, warum in den Fällen, in denen die mitwirkungsberechtigte Behörde von sich aus nachträglich zu dem gleichen Ergebnis komme wie die Hauptbehörde, eine Aufhebung des erlassenen Hauptaktes erfolgen solle, zumal sich voraussehen lasse, daß in Folge der Akt ebenso wieder neu gesetzt werde. Die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts²⁴⁾, welche auch in diesen Fällen eine Heilbarkeit des Beteiligungsmangels mit der Begründung ablehnt, es könne nicht darauf ankommen, wie im Einzelfall das Ergebnis der Stellungnahme ausfalle, sondern nur darauf, ob das zwingend und aus sonstigen Gründen vorgeschriebene Verfahren eingehalten worden sei, bezeichnet er als formalistisch.

Daß aber die bloße demnach derartige Begründung des Vorwurfs einer formalen Verstoßungsweg sei, hat das Bundesverwaltungsgericht hatte sich nicht damit begnügen können, sondern hat sich auch hier auf die möglichen Auswirkungen der einheitlichen, zusammenfassenden Stellungnahme auf die Sachlage der Hauptsache besonnen. Das Wesen der beratenden Stellungnahme liegt ja nicht darin, den Erlaß des positiven Hauptaktes in seinem vollen Umfang zu billigen bzw. zu ablehnen, vielmehr soll eine spezifischen Einflüsse der Mitwirkungsbehörde in der Weise

23) Grabendorff, 37 J. Anh. 173, 174; ferner hat er eine "nachträgliche formale Beteiligung", bei der die Mitwirkungsbehörde eine ablehnende Haltung einnimmt, zur Heilung des Mangels nicht für ausreichend.

Der Auffassung Grabendorffs schließt sich Peetz, aaO. S. 88, an, der aber tatsächlichweise steht zwischen den Mitwirkungsverfahren, welche die Übereinstimmung und denjenigen, welche nur eine gutachtliche Stellungnahme der Mitwirkungsbehörde vorschreiben, differenzieren.

24) BVerwGE 9, 69 (72).

nutzbar gemacht werden, daß ihr Gelegenheit gegeben wird, durch Darlegung der verschiedenen Gründe und Gegengründe der Hauptbehörde eine Beurteilungsgrundlage für deren Entscheidung zu verschaffen. Deshalb kann und wird in der Regel eine Stellungnahme, auch wenn sie letztlich zu einem dem Erlaß des Hauptaktes zustimmenden Ergebnis gelangt, doch Gesichtspunkte enthalten oder zumindest andeuten, die gegen den Erlaß des angestrebten Hauptaktes sprechen und die die Hauptbehörde bei rechtzeitiger vorheriger Beteiligung unter Umständen zu einer anderen Entscheidung bewogen hätte. Aus diesem Grunde wird auch in den Fällen, in denen die Mitwirkungsbehörde zu einem zustimmenden Ergebnis gelangt, eine nachträgliche Stellungnahme dem Zweck des Mitwirkungsvorbeshaltes nicht gerecht.

Gegen die Annahme der Heilbarkeit eines Beteiligungsmangels durch eine nachträgliche billigende Stellungnahme der Mitwirkungsbehörde spricht schließlich auch eine rechtslogische Erwägung. Wie bereits an anderer Stelle dargelegt²⁵, liegt der die Fehlerhaftigkeit des Hauptaktes nach sich ziehende Verstoß gegen die hier behandelten Mitwirkungs Vorschriften nicht darin, daß sich die Hauptbehörde über die Meinung der mitwirkungsberechtigten Behörde hinwegsetzt. Zwar hat sie die sachlichen und rechtlichen Erwägungen der beteiligten Behörde sorgfältig zu prüfen; sie ist jedoch nicht verpflichtet, die Meinung der Mitwirkungsbehörde ihrer eigenen Entscheidung zugrunde zu legen. Ein die Fehlerhaftigkeit des Hauptaktes verhehlender Verstoß gegen einen Mitwirkungsvorbehalt "bei nachforderlicher Übereinstimmung" kann nur dann gesehen werden, daß die Mitwirkungsbehörde keine Gelegenheit zur Stellungnahme erhält. Das Abweichen vom Inhalt der Stellungnahme vermag hingegen die Fehlerhaftigkeit des Hauptaktes nicht zu begründen. Besteht aber zwischen der "Begründung der Behormalisierung" des Hauptaktes und dem Inhalt der Stellungnahme der Mitwirkungsbehörde kein rechtlicher Zusammenhang, so verbleibt gegen die Richtigkeit der Rechtslogik, wollte man das anders konstruieren, daß die "Heilung der Behormalisierung" vom Inhalt der Stellungnahme (sowie der sachlichen Zustimmung der Äußerung der Mitwirkungsbehörde) abhängig machen.

Als Argumente gegen einen Verstoß bei einem Beteiligungsmangel, der an einer Verletzung eines Mitwirkungsvorbehalts, — wie es letztlich die letztgenannte Stellungnahme der Mitwirkungsbehörde vorliegt, — anzuknüpfen ist, unter keinen denkbaren Umständen nachträglich geheilt werden kann,

²⁵ Vgl. oben 12. Kapitel, I (S. 152 ff.)

TEIL III VERFAHRENS- UND VERFASSUNGSRECHTLICHE FRAGEN

13. KAPITEL: PROZESSUALE STELLUNG DES STAATSBÜRGERS GEGENÜBER DEN ZUSAMMENWIRKENDEN VERWALTUNGSBEHÖRDEN

I. WIDERSPRUCHSVERFAHREN

Haben wir den behördlichen Mitwirkungsakt dann als VA qualifiziert, wenn er auf einem die Übereinstimmung der zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden vorschreibenden rechtssatzmäßig festgelegten Mitwirkungsvorbehalt beruht¹⁾, so folgt aus diesem selbständigen Rechtscharakter, daß neben dem Hauptakt auch der Mitwirkungsakt selbständig, d.h. für sich allein mit den vom Gesetz zugelassenen Rechtsmitteln angegriffen werden kann²⁾. In Betracht kommt eine Anrechnungs- oder eine Verpflichtungsklage³⁾. Nach den §§ 68 ff. VwGO ist für beide Klagen ein erfolglos durchgeführtes Widerspruchsverfahren zwin- gende Sachurteilsvoraussetzung⁴⁾ (ausgenommen sind Klagen gegen Vae einer obersten Bundes- oder Landesbehörde und gegen Widerspruchsbescheide, durch die ein Dritter erstmalig beschwert wird - § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO).

Für das Widerspruchsverfahren sind mehrere Fälle zu unterscheiden:

1. Die Hauptbehörde hat den Erlaß des Hauptaktes versagt, weil nach ihrer Auffassung die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen. Die Mitwirkungsbehörde hat demgegenüber den erforderlichen Mitwirkungsakt erteilt. In diesem Falle bedarf es keines Widerspruchs gegen den Mitwirkungsakt; der Widerspruch rich-

1) Vgl. oben 6. Kapitel, III (S. 100 ff.).

2) In den Fällen, in denen sich die Mitwirkungsakte lediglich als Verwaltungsvollakte erwiesen haben (die auf einer Verwaltungsvorschrift beruhenden Mitwirkungsakte bei erforderlicher Übereinstimmung - vgl. 8. Kapitel (S. 120 ff.) - und alle Mitwirkungsakte bei nichterforderlicher Übereinstimmung: Anhörung, Benehmen, Gutachten - vgl. 10. Kapitel (S. 132 ff.)), sind hingegen nur die Hauptakte mit Rechtsmitteln angreifbar.

3) Vgl. näheres unter II dieses Kapitels.

4) Das Verwaltungsgericht muß derartige Klagen als unzulässig abweisen, wenn bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung kein Widerspruchsbescheid

tet sich nach entsprechender Rechtsmittelbelehrung lediglich gegen die Versagung des Hauptaktes.

2. Die Hauptbehörde möchte an sich einen positiven Hauptakt erlassen. Sie ist aber wegen der Versagung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes gehalten, den Erlaß eines positiven Hauptaktes abzulehnen. Hier hat sich der Widerspruch lediglich gegen die Versagung des Mitwirkungsaktes zu richten.

3. Lehnt es die Hauptbehörde ab, den beantragten Hauptakt zu erlassen, weil sowohl die vorgeschriebene Mitwirkung versagt worden ist als auch eigene Ablehnungsgründe geltend gemacht werden, so muß die Rechtsmittelbelehrung dahin gehen, daß der Bürger gegen die VAe beider Behörden die in der Verwaltungsgerichtsordnung vorgesehenen Rechtsmittel ergreifen kann. Der Widerspruch richtet sich also sowohl gegen die Versagung des Hauptaktes als auch gegen die Versagung des Mitwirkungsaktes. Das hat zur Folge, daß in der Regel, insbesondere wenn die zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden verschiedenen Körperschaften angehören oder die nachsthöheren Behörden von Haupt- und Mitwirkungsbehörde nicht identisch sind, zwei verschiedene Widerspruchsbehörden getrennte Widerspruchsbescheide erlassen müssen. Die Widerspruchsbehörden, die die VAe im Widerspruchsverfahren nachzuprüfen haben, sind bei ihrer Nachprüfung darauf beschränkt, die Stellung einzunehmen, die die entscheidenden Behörden beim Erlaß ihrer VAe innehatten. Bleibt demnach die über den Widerspruch gegen die Versagung des Mitwirkungsaktes entscheidende Widerspruchsbehörde auf der Ablehnung des Mitwirkungsaktes bestehen, so ist die über den Widerspruch gegen die Versagung des Hauptaktes entscheidende Widerspruchsbehörde - auch wenn sie dem Widerspruch stattgeben möchte - nicht in der Lage, den erstrebten positiven Hauptakt zu erlassen, da auch für eine positive Entscheidung der Widerspruchsbehörde das Vorliegen des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes erforderlich ist. Jedoch kann die Widerspruchsbehörde in der Begründung des Widerspruchsbescheides darlegen, sie sei an sich geneigt, dem Widerspruch stattzugeben, werde aber durch die Versagung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes daran gehindert. In diesem Falle ist nur noch eine Klage des Bürgers gegen die Mitwirkungsbehörde bzw. gegen die dahinterstehende Körperschaft erforderlich.

Fortsetzung der Fußnote 4) von Seite 160

erlassen worden ist - vgl. Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 68 Anm. I; Eyermann-Fröhler, aaO. § 68 Rdnr. 2; Schunck-De Clerck, aaO. § 68 Anm. 1 d; Weides, JuS 1964, 275.

II. EINFACHE ODER NOTWENDIGE STREITGENOSSENSCHAFT

Bleibt der Widerspruch gegen die Versagung des Hauptaktes und des Mitwirkungsaktes erfolglos, da sowohl die über den Widerspruch gegen die Versagung des Hauptaktes als auch die über den Widerspruch gegen die Versagung des Mitwirkungsaktes entscheidenden Widerspruchsbehörden auf einer ablehnenden Haltung beharren, so hat der Bürger die Möglichkeit, beide VAE durch Verpflichtungsklage nach § 42 VwGO zu erstreiten⁵⁾ 6).

Gehören die zusammenwirkenden Behörden derselben Körperschaft an und sind die Behörden nicht nach § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO durch landesrechtliche Regelung zu Parteien bestimmt, so tritt lediglich eine Körperschaft als Beklagte in Erscheinung.

Gehören die zusammenwirkenden Behörden hingegen verschiedenen Körperschaften an oder bestimmt das Landesrecht die Behörden zu Parteien, so ist die Klage sowohl gegen die Körperschaft der Hauptbehörde bzw. gegen die Hauptbehörde selbst als auch gegen die Körperschaft der Mitwirkungsbehörde bzw. gegen die Mitwirkungsbehörde selbst zu richten. In diesen Fällen erscheint es aus prozeß-

5) Mit einer bloßen Anfechtungsklage ist dem Antragsteller in der Regel nicht geholfen, da diese nur eine reine Kassation der fehlerhaften Versagung zur Folge haben kann, nicht aber dem Ziele der Erzielung der versagten VAE dient. Urogenau ist deshalb die Ansichtweise, die von "anfechtbaren VAE" spricht. Eine Anfechtungsklage gegen die Mitwirkungsbehörde bzw. der dahinterstehenden Körperschaft genügt nur in den Fällen, in denen der Mitwirkungsbehörde ein Interventionsrecht (z. B. Widerspruchsrecht) zusteht; denn hier wird durch die bloße Kassation des Interventionsaktes ein Verpflichtungsurteil gegenüber der Hauptbehörde bzw. der dahinterstehenden Körperschaft ermöglicht.

6) Es kann hier die Kontroverse unbeantwortet bleiben, ob die Verpflichtungsklage mit einer Anfechtungsklage verbunden werden kann oder ob sich die Anfechtungsklage als nutzlos und unzulässig erweist, weil schon der Verpflichtungsklage die Anfechtung des negativen Bescheids immanent ist. Im ersteren Sinne: Menger, VerwArch. Bd. 54 (1963), 198 (202); ders. VerwArch. Bd. 55 (1964), 278 Anm. 20; im letzteren Sinne: VG Frankfurt, DVBl. 1962, 875.

Auch kann es dahingestellt bleiben, ob die ausdrückliche Aufhebung des ablehnenden VAes vom Gericht auch dann im Tenor auszusprechen ist oder ob es genügt, wenn es nur in der Begründung ausgesprochen wird, wenn eine Anfechtungsklage nicht erhoben worden ist. Bejahend: Eyermann-Fröhler, aaO. § 113 Rdnr. 65; Klinger, aaO. § 113 Anm. D 5 a; Menger, VerwArch. Bd. 54 (1963), 198 (202); Rupp, AÖR Bd. 85 (1966), 301 (307); a.M. Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 113 Anm. II.

ökonomischen Gründen wünschenswert, wegen des engen sachlichen Zusammenhangs zwischen beiden Klagen eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung herbeizuführen und auf diese Weise den Bürger in die Lage zu versetzen, sein Begehren möglichst in einem einzigen Streitverfahren durchzusetzen.

Auf dem Wege einer Beteiligung der Mitwirkungsbehörde am Verfahren gegen die Hauptbehörde durch Beiladung (§ 65 VwGO), worin besonders ein Teil der Anhänger des verwaltungsinternen Charakters der Mitwirkungsakte die praktisch und rechtlich einwandfreie Lösung sieht⁷⁾, läßt sich das erstrebte Ziel einer Vereinfachung und Beschleunigung des Streitverfahrens nicht erreichen. Die Beiladung hilft hier schon deswegen nicht weiter, weil eine beigeordnete Behörde nicht zum Erlass eines VAes verpflichtet werden kann⁸⁾. Dies ist es aber gerade, was der Staatsbürger begehrt, da der Erlass des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes die unabdingbare Voraussetzung für den Erlass des beantragten Hauptaktes darstellt.

Zum gleichen Ergebnis führt eine weitere Erwägung. Die Beiladung ist die "Zuziehung eines Dritten durch das Gericht in einem zwischen anderen Parteien anhängigen Rechtsstreit"⁹⁾. Der Beizuladende darf also niemals Partei, d.h. Kläger oder Beklagter sein. Da die Mitwirkungsbehörde auf Erlass eines VAes verklagt wird, ist sie nicht eine in ihren rechtlichen Interessen berührte "Dritte", sondern Partei. Eine Beiladung scheidet also auch aus diesem Grunde aus.

7) Vgl. oben 4. Kapitel, VIII (S. 68 ff.).

8) Vgl. Fickert, DVBl. 1964, 173 (182); ders. DÖV 1964, 661 (663), Stich, DVBl. 1963, 193 (198); Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (726); Böhm, Jarasch und Gemeidebau, S. 211 (225); vgl. auch die obigen Ausführungen im 4. Kapitel, VIII (S. 68 ff.).

9) Eyermann-Fröhler, aaO. § 65 Rdnr. 1.

10) Eine Beiladung der Mitwirkungsbehörde ist hingegen in den Fällen denkbar, in denen der Mitwirkungsakt lediglich verwaltungsinternen Charakter hat (z.B. bei Anhörung, Benehmen, Gutachten). Jedoch kann die einen verwaltungsinternen Akt ausführende Mitwirkungsbehörde nur dann beigeordnet werden, wenn deren rechtliche Befugnisse durch die Anfechtung berührt werden (11. Abs. 1 Z. 1 S. 1). Die Frage danach, ob die Mitwirkungsbehörde am Erlass des Hauptaktes schon vor dem ordnungsmäßigen Mitwirkungsbeschluss gutachtlich beteiligt wird, stellt - was häufig verkannt wird - kein praktisches Hindernis für ein rechtliches Erfolgswort der Mitwirkungsbehörde dar. Oft sollen durch den Mitwirkungsbeschluss Interessen der Mitwirkungsbehörde, sondern der Allgemeinheit geschützt werden. Im obigen Falle hat das BVerfG, DÖV 1964, 72 (74), die Verletzung der Interessen der Mitwirkungsbehörde nicht festgestellt. "Die (Mitwirkungs)behörde entscheidet über Interessen, sie selbst hat aber

Da Haupt- und Mitwirkungsakt VAE sind, die der gerichtlichen Nachprüfung unterliegen, mithin Haupt- und Mitwirkungsbehörde bzw. deren Rechtsträger Parteistellung innehaben, gewinnt das Rechtsinstitut der Streitgenossenschaft gem. § 64 VwGO in Verbindung mit den Vorschriften der §§ 59 bis 63 ZPO Bedeutung. Eine Klage gegen die zusammenwirkenden Behörden als Streitgenossen ist stets zulässig, weil die geltend gemachten Ansprüche (auf Erlass des Haupt- bzw. Mitwirkungsaktes) hier immer auf demselben oder im wesentlichen gleichartigen tatsächlichen und rechtlichen Grund beruhen (§ 64 VwGO in Verbindung mit §§ 59, 60 ZPO).

Fraglich ist allerdings, ob es sich um eine notwendige oder aber nur um eine einfache Streitgenossenschaft handelt.

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof nimmt in seinem Urteil vom 5.7.1956¹¹⁾ eine notwendige (passive) Streitgenossenschaft zwischen Haupt- und Mitwirkungsbehörde an. Diese Auffassung ergibt sich zwangsläufig aus der von ihm vertretenen - jedoch, wie sich im Rahmen unserer früheren Untersuchungen herausgestellt hat, unrichtigen¹²⁾ - These, wonach Haupt- und Mitwirkungsakt zusammen einen gemeinschaftlichen VA bilden, der bei der richterlichen Überprüfung nicht auseinandergerissen werden kann.

Das Vorliegen einer notwendigen Streitgenossenschaft wird aber auch von Hickert¹³⁾ behauptet, obwohl er zutreffend von einer selbständigen Rechtserheblichkeit des Mitwirkungsaktes gegenüber dem Hauptakt ausgeht. Zur Begründung führt Hickert aus, das streitige Rechtsverhältnis könne wegen der erforderlichen Willensübereinstimmung zwischen den zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden diesen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden.

Fortsetzung der Fußnote 10) von Seite 163

keine solchen, über die entschieden werden soll". Ein rechtliches Interesse der Mitwirkungsbehörde, welches durch die Entscheidung berührt wird, ist also jeweils gesondert nachzuweisen.

Nicht bestimmt werden kann Herzig, VerwArch. 3d. 12 (1961), 303, der die Zulässigkeit der Beflagung der Mitwirkungsbehörde auch dann behauptet, wenn sie nicht in einem besonderen eigenen Interesse berührt ist, an "eine erschöpfende und allumfassende Erörterung und Untersuchung der streitigen öffentlich-rechtlichen Verhältnisse" zu gewährleisten.

11) BayVbl. 1956, 313 (315).

12) Vgl. oben 6. Kapitel, III (S. 100 ff.).

13) DVbl. 1964, 173 (182).

In ähnlicher Weise hält auch Heinze ¹⁴⁾ eine notwendige Streitgenossenschaft in den Fällen für gegeben, in denen er den Mitwirkungsakten - ausnahmsweise ¹⁵⁾ - VA-Qualität zubilligt. Ein Streitverfahren gegen die Hauptbehörde oder deren Rechtsträger allein genüge nicht, da das Verwaltungsgericht alle behördlichen Maßnahmen, die zu den Voraussetzungen des angefochtenen oder begehrten Hauptaktes gehören (also auch den Mitwirkungsakt), in seine Prüfung einzubeziehen habe; dies mache eine Beteiligung der zuständigen Mitwirkungsbehörde bzw. Körperschaft als Partei erforderlich, weil der Mitwirkungsakt nur auf diesem Wege aufgehoben oder angeordnet werden könne. Da die restlose Aufklärung und Nachprüfung des durch den angefochtenen oder begehrten VA gekennzeichneten Rechtsverhältnisses Gebot der Offizialmaxime sei, hänge die Notwendigkeit der Streitgenossenschaft auch nicht davon ab, ob der Mitwirkungsakt wirklich "streitig" sei oder nicht.

Die Annahme einer notwendigen Streitgenossenschaft geht von falschen Voraussetzungen aus. Unzutreffend ist zunächst die Behauptung, es sei unter allen Umständen eine einheitliche Entscheidung gegenüber den Streitgenossen erforderlich. Vielmehr ist es durchaus denkbar, daß die Klage gegen die Mitwirkungsbehörde Erfolg hat, während die Klage gegen die Hauptbehörde abzuweisen ist ¹⁶⁾. Dies ist insbesondere dann möglich, wenn der Mitwirkungsbehörde die Wahrung ganz bestimmter Belange übertragen worden ist, kann aber auch dann nicht ausgeschlossen werden, wenn die Mitwirkungsbehörde keine gegenüber der Hauptbehörde sachlich verschiedenartige Prüfungskompetenz besitzt, da die beiden Behörden in der Regel die Voraussetzungen des Hauptaktes unter verschiedenen Aspekten zu beurteilen haben ¹⁷⁾. Auch ist es nicht gerechtfertigt, die Mitwir-

14) VerwArch. Bd. 52 (1961), 300 f.

15) VAe "ipso iure"; vgl. oben 4. Kapitel, VI (S. 55 ff.).

16) Vgl. auch Schuegraf, DVBl. 1961, 654 (655 Anm. 4); Bulling, aaO. S. 143.

17) Die Notwendigkeit einer einheitlichen Feststellung des streitigen Rechtsverhältnisses gegenüber den beteiligten Behörden oder Körperschaften ist hingegen in den Fällen einer echten "duae conformes" (vgl. 5. Kapitel, II - S. 79 ff.) anzunehmen. Müssen also die zusammenwirkenden Behörden nach außen hin gemeinsam oder nacheinander in gegenseitiger Ergänzung ihrer für sich unvollständigen Zuständigkeiten tätig werden, um einen wirksamen Hauptakt zu erlassen (vgl. z.B. § 5 Abs. 2 des Gesetzes über die Finanzverwaltung vom 6.9.1950 - BGBl. I S. 449; § 3 Abs. 5 Satz 3 der Verordnung über Paubeschränkungen zur Streichung der Gewinne von Bodenschätzen vom 28.2.1939 - RGBl. I S. 381), so liegt eine notwendige (passive) Streitgenossenschaft zwischen den zusammenwirkenden Behörden vor.

kungsbehörde, die den vorgeschriebenen Mitwirkungsakt erlassen hat, also mit dem Erlaß des begehrten Hauptaktes einverstanden ist, in eine Prozeßlage zu bringen, was aber aus der Annahme einer notwendigen Streitgenossenschaft folgen würde. Umgekehrt wäre es für die Hauptbehörde unzumutbar, als Partei an einem Prozeß teilzunehmen und unter Umständen mit einem Kostenrisiko belastet zu werden, obwohl sie an sich den begehrten Hauptakt erlassen möchte, aber wegen der Versagung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes daran gehindert ist¹⁸⁾.

Nach allem ist die Annahme einer notwendigen Streitgenossenschaft abzulehnen und von einer einfachen (passiven) Streitgenossenschaft zwischen den zusammenwirkenden Behörden auszugehen.

III. PROZESSÖKONOMISCHE ERWÄGUNGEN

Da die Klagen gegen die zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden in einem einzigen Prozeß zusammengefaßt werden können, erweist sich die Befürchtung der Verfechter des verwaltungsinternen Charakters der Mitwirkungsakte, die Behandlung der Mitwirkungshandlungen als selbständige VAE könne zu einer für den Staatsbürger unerfreulichen Verzögerung der Entscheidung über sein eigentliches Begehren führen¹⁹⁾, als unbegründet. Die Zulässigkeit der Streitgenossenschaft ist also dann nicht ausgeschlossen, wie das Oberverwaltungsgericht Münster²⁰⁾ zum Ausdruck bringt, wenn für die Klagen gegen die zusammenwirkenden Behörden bzw. deren Rechtsträger nicht dasselbe Gericht örtlich zuständig ist. Sind nach den allgemeinen Vorschriften verschiedene Gerichte für die Klagen gegen Haupt- und Mitwirkungsbehörde zuständig, so kann das gemeinschaftliche obere Gericht auf Antrag des Klagers nach § 36 Abs. 1 Ziff. 3 VwGO eines der in Betracht kommenden Verwaltungsgerichte als für beide Klagen zuständig erklären²¹⁾. Eine solche Handhabung ist nicht nur bei der not-

18) Vgl. auch Böhm, Bauamt und Gemeindebau 1958, 221 (223).

19) So Kratzer, BayVBl. 1958, 74 (75); ders. BayVBl. 1960, 20; Eyermann-Fröhler, aaO. Anm. 56 zu § 42; OVG Koblenz, DVBl. 1964, 540 (542); dieser Gedanke klingt auch im Urteil des BVerwG vom 28.5.1963 - I C 99, 59 - BayVBl. 1964, 49 (50) an.

20) DÖV 1962, 833 (834).

21) Zu Recht lehnt Friauf, DÖV 1961, 666 (675 Anm. 107), die Auffassung des BayVGH, BayVBl. 1960, 816 (814), wonach das für die Klage gegen die Hauptbehörde zuständige Gericht ohne weiteres auch über die Klage gegen die Mitwirkungsbehörde zu entscheiden habe, ab, da es dafür an einer gesetzlichen Grundlage fehlt; zutreffend verneint er auch eine ent-

wendigen, sondern auch bei der einfachen Streitgenossenschaft zulässig²²⁾. Das ergibt sich einmal aus der allgemeinen Verweisung des § 53 Abs. 1 Ziff. 3 VwGO auf § 52 VwGO; zum andern ist davon auszugehen, daß das Gesetz, welches eine subjektive Klagenhäufung wegen des engen sachlichen Zusammenhangs im Interesse der Prozeßökonomie vorsieht, auch die rechtliche Möglichkeit unterstellt, für das gemeinschaftliche Verfahren ein örtlich zuständiges Gericht zu finden²³⁾.

Um dem im Verwaltungsprozeßrecht wirksamen Grundsatz der Prozeßökonomie in jeder Hinsicht gerecht zu werden, sind an dieser Stelle einige Überlegungen zur Handhabung der Mitwirkungsvorbehalte durch die zusammenwirkenden Behörden erforderlich.

Gemeinhin wird von den Bejahern der VA-Qualität des Mitwirkungsaktes der Standpunkt vertreten, die Hauptbehörde brauche, wenn sie den Hauptakt schon aus eigenen Erwägungen ablehnen möchte, die mitwirkungsberechtigte Behörde erst gar nicht am Verfahren zu beteiligen, da der Mitwirkungsakt lediglich zum Erlaß eines positiven Hauptaktes vorgeschrieben sei. Wolle der betroffene Bürger gegen die Ablehnung des Hauptaktes mit förmlichen Rechtsmitteln vorgehen, so müsse er beantragen, den ablehnenden Hauptakt aufzuheben und die Hauptbehörde zu verpflichten, den positiven Hauptakt unter der Voraussetzung des Vorliegens der erforderlichen Mitwirkung zu erlassen. Werde dem Widerspruch bzw. der Klage stattgegeben, so habe die in solcher Weise durch die Widerspruchsbehörde bzw. das Verwaltungsgericht angewiesene Hauptbehörde den vorgeschriebenen Mitwirkungsakt einzuholen. Bei dessen Erteilung sei der positive Hauptakt zu erlassen. Werde der erforderliche Mitwirkungsakt aber versagt, so könne der Widerspruchsbescheid bzw. das obsiegende Urteil nichts nützen, da die aufgestellte Bedingung nicht eingetreten sei. Der den Hauptakt begrenzende Staatsbürger müsse in diesem Fall einen weiteren Prozeß gegen die Mitwirkungs-

Fortsetzung der Fußnote 21) von Seite 166

sprechende Anwendung des § 36 Ziff. 3 ZPO, da § 53 VwGO eine eigene, in sich geschlossene Regelung gebracht hat.

Vgl. hierzu auch Eyermann-Fröhler, aaO. § 53 Rdnr. 1.

- 22) Vgl. Ule, Verwaltungsgesetzbarkeit § 53 Anm. 11 (S. 201); Koebler, aaO. § 53 Anm. VI (S. 380), welche nicht zwischen notwendiger und einfacher Streitgenossenschaft unterscheiden.

Vgl. auch Friauf, DÖV 1961, 666 (675); Heinze, DÖV 1962, 834 (838); Fickert, DVBl. 1963, 173 (182); Bulling, aaO. S. 144.

- 23) Vgl. Heinze, DÖV 1962, 834 (838).

behörde bzw. deren Rechtsträger führen ²⁴⁾.

Rechtslogisch betrachtet ist der hier vorgeschlagene Weg, wonach die Mitwirkungsbehörde nicht am Verfahren zu beteiligen ist, wenn die Hauptbehörde von sich aus zu einer negativen Entscheidung gelangt, richtig; denn die Mitwirkung ist in der Regel nicht zu einem negativen, sondern lediglich zu einem positiven Hauptakt vorgesehen. Auch wäre ein Urteil, durch welches die Hauptbehörde zum Erlaß des positiven Hauptaktes unter dem Vorbehalt verpflichtet würde, daß die vorgeschriebene Mitwirkung erfolge, gewiß möglich ²⁵⁾. Bei Befolgung dieses Vorschlags könnte der Bürger jedoch den von ihm angestrebten hoheitlichen Erfolg nur abschnittsweise erreichen. Eine Klage gegen die zusammenwirkenden Behörden als Streitgenossen wäre vereitelt.

Es ist deshalb aus prozeßökonomischen Gründen sinnvoll und dient der Verhinderung unzumutbarer Verfahrensverzögerungen und unnötiger Mehrbelastungen der Verwaltungsgerichte, wenn die Hauptbehörde, obwohl sie den Hauptakt schon aus eigenen Erwägungen ablehnen mochte und eine Beteiligung der Mitwirkungsbehörde aus diesem Grunde rechtslogisch nicht erforderlich wäre, trotzdem die Stellungnahme der beteiligten Behörde einholt. Sofern sich die Stellungnahme der Mitwirkungsbehörde für den Erlaß des beantragten Hauptaktes ausspricht, bleibt es zwar bei einem ablehnenden Bescheid der Hauptbehörde, aber der Bürger weiß dann, daß er seine Rechtsmittel nur gegen die Hauptbehörde zu richten hat. Fällt die Stellungnahme der Mitwirkungsbehörde hingegen negativ aus, so weiß der Bürger, daß er sich gegen beide Behörden zu wenden hat. In diesem Falle kann er die zusammenwirkenden Behörden bzw. deren Rechtsträger nach erfolglosem Vorverfahren als Streitgenossen verklagen und sein Begehren gegebenenfalls in einem einzigen Prozeß erreichen.

Aus den gleichen Erwägungen ergeben sich auch Bedenken gegen die Auffassung, die Hauptbehörde solle zweckmäßigerweise einen Antrag nicht vor Unanfechtbarkeit der Entscheidung über die Versagung der Mitwirkung bescheiden ²⁶⁾. Eine solche Handhabung verstößt zumindest dann wegen der damit verbundenen Verfahrensverzögerung gegen den Grundsatz der Prozeßökonomie, wenn die Haupt-

24) Vgl. in diesem Sinne Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (725); Menger, VerwArch. Bd. 55 (1964), 178/180; VG Darmstadt, DVBl. 1962, 875 (876).

25) So zu Recht Menger, VerwArch. Bd. 55 (1964), 180; Bulling, aaO. S. 148; M. Henze, VerwArch. Bd. 52 (1961), 200; Henze, aaO. S. 107.

26) Vgl. OVG Hamburg, MDR 1959, 522 (523) = DÖV 1959, 546 (548) = BBauBl. 1959, 578; Clasen, NJW 1959, 752 (754); vgl. auch Böhm, Bauamt und Gemeindebau 1958, 221 (223); Bulling, aaO. S. 136; Frischmann-Weingart, DÖV 1962, 721 (726); Stich, DVBl. 1963, 193 (198).

behörde den Hauptakt auch aus eigenen Gründen ablehnen möchte. Würde nämlich die Hauptbehörde dem Antragsteller in diesem Falle lediglich die ablehnende Entscheidung der Mitwirkungsbehörde mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen mitteilen und ihre eigene Entscheidung über die Erteilung oder Versagung des Hauptaktes bis zum Zeitpunkt der unanfechtbaren Entscheidung über den Mitwirkungsakt aussetzen, so wäre der Bürger nach einem obsiegenden Urteil gegen die Mitwirkungsbehörde genötigt, noch einmal ganz von vorn zu beginnen und nunmehr gegen den aus sonstigen Gründen ablehnenden Bescheid der Hauptbehörde mit einer Klage vorzugehen. Um eine derartige Verzögerung des Verfahrens zu vermeiden und um möglichst *uno actu* über das Begehren des Bürgers entscheiden zu können, ist es bei dieser Sachlage zweckmäßig, wenn die Hauptbehörde die Bearbeitung des Antrags nicht aussetzt, sondern auch die sonstigen rechtsnormativen Voraussetzungen prüft. Stellt sich dabei heraus, daß neben den Versagungsgründen der Mitwirkungsbehörde sonstige Ablehnungsgründe vorhanden sind, so sollte die Hauptbehörde ihren Bescheid auch darauf abstellen und dem Antragsteller eine doppelte Rechtsmittelbelehrung erteilen²⁷⁾. Der Bürger ist dann in der Lage, die zusammenwirkenden Behörden oder deren Rechtsträger als Streitgenossen zu verklagen²⁸⁾.

Wird nach diesen Grundsätzen verfahren, die sich unschwer durch Verwaltungsrichtlinien realisieren lassen, so können die gelegentlich befürchteten Nachteile eines mehrfachen Rechtsweges für einen einheitlichen Rechtsvorgang und die damit zusammenhängende Erschwerung des Verfahrens ausgeschaltet werden.

IV. KOSTENRECHTLICHE FOLGERUNGEN

Die hier vertretene Auffassung, wonach Haupt- und Mitwirkungsakt selbständig anfechtbare VAE darstellen, ist auch in der Lage, die Prozeßkostenfrage in be-

27) Hat die Hauptbehörde gegen das Vorhaben jedoch keine Bedenken, so läßt sich eine Aussetzung der Entscheidung der Hauptbehörde bis zum Zeitpunkt der unanfechtbaren Entscheidung über den Mitwirkungsakt rechtfertigen. Die Hauptbehörde sollte in diesem Falle ihre Absicht, keine eigenen Ablehnungsgründe geltend zu machen, in passender Weise zu erkennen geben, damit der Antragsteller weiß, daß er nur die Einwendungen der Mitwirkungsbehörde auszuräumen hat.

Vgl. auch Nedden, DÖV 1959, 525 (529 f.).

28) Nedden, DÖV 1974, 27 (29 f.). Weist darüber hinaus, daß es darauf ankommt, dem Antragsteller wurde auf diesem Wege größere Klarheit über seine Prozeßchancen und über die Durchführbarkeit seiner Absichten verschafft.

friedigender Weise zu lösen ²⁹⁾.

Da die Haupt- bzw. Mitwirkungsbehörde nur dann als Partei am Prozeß teilzunehmen braucht, wenn sie eigene Ablehnungsgründe geltend macht, läuft sie auch nur in diesem Falle Gefahr, in die Prozeßkosten verurteilt zu werden. Das Kostenrisiko des Verwaltungsstreitverfahrens trifft also immer nur die Behörde, an deren ablehnender Haltung der Nichterlaß des begehrten Hauptaktes letzten Endes hängt ³⁰⁾.

In große Schwierigkeiten und zu unbilligen Ergebnissen kommen hingegen die Vertreter des verwaltungsinternen Charakters der Mitwirkungsakte. Da nach deren Meinung nur die Ablehnung des beantragten Hauptaktes ein mit Rechtsmitteln angreifbarer VA ist, sind sie, wenn sie dem Bürger nicht den in Art. 19 Abs. 4 GG garantierten Rechtsschutz versagen wollen, gezwungen, die Hauptbehörde bzw. deren Rechtsträger einer Klage und dem damit verbundenen Kostenrisiko auch dann auszusetzen, wenn diese an sich bereit ist, den begehrten Hauptakt zu erlassen, jedoch durch die Verweigerung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes daran gehindert wird. Ein solches Ergebnis erscheint besonders dann, wenn die zusammenwirkenden Behörden verschiedenen Körperschaften angehören, als unsachgerecht ³¹⁾.

Auch bei der Prozeßkostenfrage zeigt sich also, daß die Bejahung des VA-Charakters der Mitwirkungsakte - entgegen der Meinung der Verfechter des verwaltungsinternen Charakters der Mitwirkungshandlungen, welche die besseren Praktikabilitätsgründe für sich in Anspruch nehmen ³²⁾ - zu der zweckmäßigeren Lösung führt.

Die hier vertretene Rechtsauffassung, wonach unter Umständen auch die Mitwirkungsbehörde für ihre Maßnahme nach außen einstehen muß und mit Prozeß-

²⁹⁾ Diese Frage hat besonders Kratzer, BayVBl. 1958, 74 (75) und 1959, 90 aufgeworfen, ohne jedoch einen eigenen Lösungsvorschlag zu machen.

³⁰⁾ Vgl. Friauf, DÖV 1961, 666 (675); Stich, DVBl. 1963, 193 (199).

³¹⁾ Die Unbilligkeit eines derartigen Ergebnisses wird auch von Heitzer, aaO. S. 108, der den verwaltungsinternen Charakter der Mitwirkungsakte bejaht, zugegeben; unverständlicherweise geht er jedoch davon aus, daß in der Praxis keine diesbezüglichen Schwierigkeiten auftreten könnten. Unbefriedigend ist auch die Auffassung von Peetz, aaO. S. 112 ff., der eine interne Kostenverteilung zwischen den zusammenwirkenden Behörden anregt, für ein solches Verfahren fehlt jede gesetzliche Grundlage.

³²⁾ Vgl. oben 4. Kapitel, IV (S. 45 ff.).

kosten belastet werden kann, hat zudem den verwaltungspolitischen Vorteil, daß die Sorgfalt der Mitwirkungsbehörde bei der Entscheidung über die Erteilung oder Versagung des Mitwirkungsaktes erheblich gefördert wird. Auch wenn sich der Normgeber bei Schaffung einer Mitwirkungsnorm keine Gedanken über die Rechtsnatur der Mitwirkungsakte und die damit zusammenhängende Frage der Prozeßkostenverteilung gemacht haben sollte ³³⁾, führt die aus dem rechtsnormativen Mitwirkungsvorbehalt resultierende Anfechtbarkeit der Mitwirkungsakte zu vernünftigen und angemessenen Ergebnissen. Hier bewahrheitet sich wieder einmal mehr die bekannte Feststellung Gustav Radbruchs ³⁴⁾, daß das Gesetz (bzw. eine sonstige Rechtsnorm) klüger sein kann als sein Verfasser.

In diesem Zusammenhang ist kurz auf die Frage einzugehen, wer die Kosten eines durch eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung veranlaßten Verfahrens zu tragen hat. Eine fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung liegt nach unseren obigen Ausführungen dann vor, wenn die Mitwirkungsbehörde den Erlaß des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes verweigert hat, der daraufhin ergehende ablehnende Bescheid der Hauptbehörde jedoch keine Rechtsmittelbelehrung enthält, welche auf die selbständige Anfechtbarkeit bzw. Einklagbarkeit des Mitwirkungsaktes hinweist.

Menger ³⁵⁾ hat hierzu die Ansicht vertreten, die Kosten einer Klage, die infolge der unrichtigen Rechtsmittelbelehrung ohne Erfolg gegen die Hauptbehörde gerichtet werde (die Klage kann deshalb nicht erfolgreich sein, weil der vorgeschriebene Mitwirkungsakt fehlt), seien der Hauptbehörde bzw. deren Rechtsträger aufzuerlegen. Er begründet seine Auffassung damit, daß die Hauptbehörde, die in ihrer Rechtsmittelbelehrung nicht auf die selbständige Anfechtbarkeit bzw. Einklagbarkeit des Mitwirkungsaktes hinweise, gegen die erforderliche und ihr zumutbare Sorgfalt im Sinne des § 155 Abs. 5 VwGO verstoße.

Demgegenüber hat das Oberverwaltungsgericht Münster in seinem Urteil vom 27.3.1962 ³⁶⁾ die Anwendung des § 155 Abs. 5 VwGO mit der Begründung verneint, es sei in Schrifttum und Rechtsprechung bisher unstritten, ob es sich bei der Mitwirkungshandlung um einen selbständig anfechtbaren VA handle; der Hauptbehörde sei also die unrichtige Rechtsbelehrung angesichts der bisher ungeklärten Rechtslage nicht vorzuwerfen.

Es ist sehr zweifelhaft, ob man bei der Frage der Kostentragung in den Fällen, in denen der Bürger durch eine unrichtige Rechtsmittelbelehrung auf den falschen Rechtsweg gedrängt worden ist, auf das Verschulden der belehrenden Behörde ab-

33) Vgl. hierzu die Ausführungen im 4. Kapitel, IV.

34) aaO. S. 211.

35) VerwArch. Bd. 54 (1963), 100.

36) DVBl. 1962, 492 (494).

stellen kann. Die Heranziehung des § 155 Abs. 5 VwGO geht fehl, da diese Vorschrift auf die Fälle der unrichtigen Rechtsmittelbelehrung nicht gemünzt ist. Wie Bachof ³⁷⁾ überzeugend ausführt, ist es nicht vertretbar, den Bürger, der zur Vermeidung schwerster Nachteile gehalten ist, die Rechtsmittelbelehrung selbst dann zu befolgen, wenn er sie für falsch hält ³⁸⁾, mit dem finanziellen Risiko für ein Verhalten zu belasten, das der Staat (bzw. eine sonstige Körperschaft des öffentlichen Rechts) von ihm fordert. Es erscheint deshalb als die sachgerechteste Lösung, wenn die belehrende Behörde, unabhängig von jedem Verschulden, für die Richtigkeit ihrer Belehrung einzustehen hat, da diese in den "Verantwortungsbereich" ³⁹⁾ der Behörde fällt ⁴⁰⁾.

14. KAPITEL: RECHTSSTELLUNG DER ZUSAMMENWIRKENDEN VERWALTUNGSBEHÖRDEN BZW. DEREN RECHTSTRÄGER ZUEINANDER

I. KLAGE DER HAUPTBEHÖRDE GEGEN DIE MITWIRKUNGSBEHÖRDE

Das Mitwirkungsrecht, welches der Mitwirkungsbehörde auf Grund eines die Übereinstimmung der zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden vorschreibenden Mitwirkungsverhalts zusteht, kann und wird häufig dazu führen, daß die Hauptbehörde an dem von ihr beabsichtigten Erlaß eines per se rechtlich unbedenklichen Beschlusses verhindert ist, weil die Mitwirkungsbehörde den erforderlichen Mitwirkungsakt beantraglich verweigert. Dies wird vom Standpunkt der Hauptbehörde her gesehen vielfach höchst unerfreulich sein, da auf diese Weise die Verwaltungstätigkeit der Hauptbehörde im Bereich des Zusammenwirkens unter Umständen völlig lahmgelegt werden kann.

Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Hauptbehörde (bzw. deren Rechtsträger) in der Lage ist, auf dem Klageweg gegen die dissentierende Mitwirkungsbehörde

1) BVerwG, S. 238.

38) So BVerwGE 6, 328 (332).

39) Bachof, BVerwG, S. 238.

40) In diesem Sinne auch Eyer mann-Fröhler, aaO. § 58 Rdnr. 17 mit Nachweisen; § 155 Rdnr. 20;

a.M. Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 155 V 2 d mit Nachweisen.

(bzw. deren Rechtsträger) vorzugehen¹⁾.

Eine Klagebefugnis scheidet von vornherein aus, wenn die zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden derselben Körperschaft angehören. Dies folgt aus dem Verbot des sog. Inschprozesses innerhalb der Verwaltung²⁾.

Die Zulässigkeit der Klage der Hauptbehörde (bzw. der dahinterstehenden Körperschaft) gegen die Mitwirkungsbehörde (bzw. die dahinterstehende Körperschaft) wird jedoch auch dann grundsätzlich zu verneinen sein, wenn beide Behörden verschiedenen Körperschaften angehören.

Zur Verdeutlichung mag der aktuelle und zur Zeit häufig erörterte Fall des Zusammenwirkens staatlicher und kommunaler Behörden im Vollzug der §§ 14 Abs. 2 S. 2, 19 Abs. 4 S. 1 und 2, 31 Abs. 2 S. 1, 36 Abs. 1 BBauG dienen. Versagt die Gemeinde unter Verletzung des Rechts den erforderlichen Mitwirkungsakt (Einvernehmen), so ergeben sich aus zwei Gründen Bedenken dagegen, dem Staat den Klageweg gegen die Gemeinde zu eröffnen.

Einmal ist zu berücksichtigen, daß die Tätigkeit der Gemeinde der Kommunalaufsicht des Staates unterliegt. Die Kommunalaufsicht umfaßt auch den Bereich der gemeindlichen Mitwirkungshandlungen. Der staatlichen Aufsichtsbeziehung auch im Bereich des Zusammenwirkens von Staat und Gemeinde konnte allerdings die Eigenart des kommunalen Mitwirkungsrechts entgegenstehen. Dieses ist im Interesse der kommunalen Selbstverwaltung normiert worden. Die Gemeinde soll im Hinblick auf ihre verfassungsmäßig garantierte (Art. 26 Abs. 2 GG) Planungshoheit am Verwaltungshandeln beteiligt werden. Im Verhältnis zum Bürger stehen Staat und Gemeinde im Bereich des Zusammenwirkens gleichrangig nebeneinander. Beide werden, wie dargelegt, nach außen hin Bürger hin hoheitlich tätig. Die gleichrangige Stellung von Staat und Gemeinde gegenüber dem Bürger im Bereich des Zusammenwirkens wird sichtbar, wenn wir uns vergegenwärtigen, daß die organisatorisch-verfahrensrechtliche Verknüpfung der Verwaltungstätigkeit der zusammenwirkenden Behörden (bzw. der dahinterstehenden Kör-

1) Diese Frage stellt sich nicht, wenn der Mitwirkungsakt der beteiligten Behörde lediglich beratenden Charakter hat (Anhörung, Bescheiden, Gutachten), da sich die Hauptbehörde in diesem Fall ohnehin über die Meinung der Mitwirkungsbehörde hinwegsetzen kann.

2) Vgl. hierzu beispielsweise Klinger, aaO. 144 ff. Er. C. 11 mit Nachweisen; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 Erl. III 6 (S. 134) mit Nachweisen; Obermayer, VA, S. 68; Kienapfel, DÖV 1963, 96 (101).
Vgl. aber auch Menger, VerwArch. Bd. 55 (1964), 287

schaften) lediglich der Vereinfachung des Einleitungsverfahrens dient (ein besonderer Antrag des Bürgers bei der Mitwirkungsbehörde wird überflüssig), also nur formellrechtlichen Charakter hat. Eine Überordnung der einen gegenüber der anderen Behörde im Verhältnis zum Bürger wird hierdurch nicht bewirkt. Die Gleichrangigkeit von Staat und Gemeinde beim Vollzug der gemeinsamen Verwaltungstätigkeit gegenüber dem Bürger bedeutet jedoch, worauf Schuegraf³⁾ zu Recht hingewiesen hat, rechtslogisch nicht, daß Staat und Gemeinde auch in ihrem Verhältnis zueinander im Bereich des Zusammenwirkens gleichgeordnet sind. Es ist vielmehr zu beachten, daß die Gemeinden in begriffsnotwendiger Entsprechung der kommunalen Selbstverwaltung uneingeschränkt der staatlichen Kommunalaufsicht unterliegen. Obwohl also Staat und Gemeinde beim Vollzug der gemeinsamen Verwaltungstätigkeit gegenüber dem Bürger gleichrangig nebeneinanderstehen, da sie beide im Verhältnis zum Bürger hoheitlich tätig werden, ist der Staat in seiner Eigenschaft als Träger der Kommunalaufsicht der Gemeinde übergeordnet, auch wenn es sich um den Bereich der gemeindlichen Mitwirkungsakte handelt. Versagt die Gemeinde also rechtswidrig die erforderliche Mitwirkungshandlung, so kann der Staat mit rechtsaufsichtlichen Maßnahmen gegen die Gemeinde vorgehen. Die praktische Handhabung des kommunalaufsichtlichen Vorgehens kommt besonders anschaulich im Erlaß des Hessischen Ministers des Innern vom 19. April 1962⁴⁾ zum Ausdruck, wo u. a. ausgeführt wird⁵⁾:

"Ist die Baugenehmigungsbehörde der Auffassung, daß die Gemeinde das Einvernehmen rechtswidrig verweigert, so hat sie die Gemeinde unter Darlegung der Rechtsgründe zu unterrichten und eine nochmalige Überprüfung ihrer Entscheidung anzuregen. Hält die Gemeinde gleichwohl ihre Entscheidung aufrecht, so hat die Baugenehmigungsbehörde eine Überprüfung der Entscheidung der Gemeinde durch die zuständige Kommunalaufsichtsbehörde herbeizuführen. Die Baugenehmigungsbehörde kann eine positive Entscheidung nur treffen, wenn das Einvernehmen entweder nunmehr von der Gemeinde erklärt wird oder die Kommunalaufsichtsbehörde an Stelle der Gemeinde das Einvernehmen im Wege der Ersatzvornahme unanfechtbar erklärt hat. Erklärt die Kommunalaufsichtsbehörde, keine Maßnahme gegen die Gemeinde ergreifen zu wollen, so ist die Genehmigung, Ausnahme oder Befreiung zu versagen."

3) DVBl. 1961, 654 (656).

4) StAnz. 1962. S. 859.

5) Vgl. Ziff. 3. 3 des Erlasses.

Kann der Staat aber rechtswidrigen Verhaltensweisen der Gemeinde in den Fällen des normativ vorgeschriebenen Zusammenwirkens mit Mitteln der Kommunalaufsicht begegnen, so besteht kein Bedürfnis dafür, diesem die Möglichkeit der verwaltungsgerichtlichen Klage einzuräumen, da er als Aufsichtsträger einfacher zum Ziel gelangt. Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz des Staates gegen die Gemeinde scheidet also schon mangels Rechtsschutzbedürfnisses aus ⁶⁾.

Davon abgesehen ist eine Klage des Staates gegen die dissentierende Gemeinde aber auch deshalb unzulässig, weil ihm die Klagebefugnis fehlt. Die Klagebefugnis ist nach § 42 Abs. 2 VwGO nur gegeben, wenn der Kläger geltend macht, durch den VA oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein. Eine nackte Verbalbehauptung genügt nicht. Vielmehr muß der Kläger die Rechtsverletzung substantiiert behaupten; mit anderen Worten: die Klagebefugnis hängt davon ab, ob der Kläger durch den VA oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt worden zu sein vermag oder nicht ⁷⁾. Will der einzelne sich hingegen nur zum Sachwalter der Allgemeinheit aufwerfen, so ist ihm die Klagebefugnis versagt, da die Popularklage nach § 42 Abs. 2 VwGO nicht zugelassen ist. Im Regelfall entscheidet die Hauptbehörde durch den Erlaß bzw. die Versagung des Hauptaktes über Rechte des Staatsbürgers, sie selbst hat hingegen keine Rechte, über die entschieden werden soll. Der Staat würde mit einer Klage gegen die Gemeinde auf Erteilung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes nicht seine eigenen, sondern nur die Rechte eines Dritten geltend machen; er würde also nicht als Betroffener, sondern als Sachwalter eines Dritten klagen, was sich als unzulässig erwiesen hat. Es ist Sache des antragstellenden Bürgers, seine rechtlichen Interessen selbst wahrzunehmen und im Falle der Versagung des erforderlichen Mitwirkungsaktes im Wege der verwaltungsgerichtlichen Klage gegen die Gemeinde vorzugehen ⁸⁾.

6) Im gleichen Sinne lehnt auch Schuegraf, DVBl. 1961, 654 (657); NJW 1966, 177 (181), als einer der wenigen, die zu dieser Frage Stellung genommen haben, die Möglichkeit einer Klage des Staates gegen die Gemeinde in den Fällen des Zusammenwirkens zwischen Staat und Gemeinde nach dem Bundesbaugesetz ab.

Vgl. auch Brügelmann-Förster, aaO. § 14 Anm. VI 3 b aa (Ablehnung der Klagemöglichkeit).

7) Vgl. Menger, VerwArch. Bd. 55 (1964), 83; Bachof, BVerwG, S. 202 f.; Bernhardt, JZ 1963, 1-2 (3-7) mit Nachweisung über Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 Erl. III (S. 121 ff.) mit Nachweisen.

8) So zutreffend Schuegraf, DVBl. 1961, 657; NJW 1966, 181.

II. KLAGE DER MITWIRKUNGSBEHÖRDE GEGEN DIE HAUPTBEHÖRDE

Zu klären bleibt, ob die Mitwirkungsbehörde (bzw. deren Rechtsträger) auf dem Klageweg gegen die Hauptbehörde (bzw. deren Rechtsträger) vorgehen kann, wenn letztere gegen einen Mitwirkungsvorbehalt verstoßen hat. Ein derartiger Verstoß liegt, wie bereits dargestellt ⁹⁾, dann vor, wenn die Hauptbehörde die Pflicht zur Einholung der behördlichen Stellungnahme übersieht oder wenn sie sich über das Nichtvorliegen bzw. die Versagung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes hinwegsetzt. Der letztere Verstoß setzt allerdings einen rechtsnormativen Mitwirkungsvorbehalt, der die Übereinstimmung der zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden vorschreibt, voraus.

Eine Klagebefugnis der Mitwirkungsbehörde ist auch hier wegen des Verbots des sog. Insichprozesses in allen Fällen zu verneinen, in denen Haupt- und Mitwirkungsbehörde derselben Körperschaft angehören ¹⁰⁾.

Gehören die zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden jedoch verschiedenen Körperschaften an, so genügt die durch den Verstoß gegen den Mitwirkungsvorbehalt herbeigeführte objektive Rechtswidrigkeit des Hauptaktes nicht, um die Klagebefugnis der Mitwirkungsbehörde (bzw. ihres Rechtsträgers) zu begründen. Daneben muß die Mitwirkungsbehörde (bzw. die dahinterstehende Körperschaft) substantiiert behaupten, durch den Hauptakt in ihren Rechten verletzt zu sein ¹¹⁾.

Die Regelung über die Mitwirkungsbefugnis der beteiligten Behörde sagt noch nichts Endgültiges darüber aus, ob der Mitwirkungsbehörde (bzw. ihrem Rechtsträger) bei (behaupteter) Verletzung des Mitwirkungsvorbehalts auch ein Klagerecht gegeben ist; denn der Pflicht der Hauptbehörde, den Mitwirkungsvorbehalt zu beachten, steht nicht ohne weiteres ein korrespondierendes Recht der Mitwirkungsbehörde auf Einhaltung der Mitwirkungsvorschrift gegenüber ¹²⁾. Ein solches Recht kann nur dann bejaht werden, wenn der Mitwirkungsvorbehalt im Interesse der Mitwirkungsbehörde statuiert worden ist. Bezweckt der Mitwirkungsvorbehalt demgegenüber nicht den Schutz der Mitwirkungsbehörde, sondern dient er allein dem Interesse des betroffenen Staatsbürgers oder der Allgemein-

9) Vgl. oben 11. Kapitel, I und 12. Kapitel, I.

10) Vgl. oben Anm. 2 dieses Kapitels.

11) Vgl. oben Anm. 7 dieses Kapitels.

12) So zutreffend Landmann-Rohmer, aaO. (12. Aufl.), § 35 Rdnr. 106. Demgegenüber sind nach Meyer, DVBl. 1961, 75 (78), die rechtlichen Interessen der Mitwirkungsbehörde immer berührt, weil es um deren gesetzliche Zuständigkeiten gehe.

heit, so muß die Klagebefugnis der Mitwirkungsbehörde (bzw. ihres Rechtsträgers) verneint werden. Es ist deshalb bei jeder einzelnen Mitwirkungs Vorschrift zu fragen, ob diese - unter Umständen neben anderen Zwecken - zumindest auch zum Schutz bzw. zur Interessenwahrung der Mitwirkungsbehörde eingeführt worden ist oder nicht¹³⁾. Nur auf diesem Wege kann verhindert werden, daß

- 13) Die im BBauG statuierten Mitwirkungs befugnisse der Gemeinde (Einvernehmen der Gemeinde nach §§ 14 Abs. 2 S. 2; 19 Abs. 4 S. 1 und 2; 31 Abs. 2 S. 1; 36 Abs. 1) sind in deren Interesse eingeführt worden, so daß die Gemeinde einen gegen diese Mitwirkungs vorschriften verstoßenden Hauptakt (Baugenehmigung) anfechten kann; vgl. Dahlinger, BaWüBl. 1960, 129 (131); Dietz, BaWüVBl. 1961, 65 (68 und 70); Hering, DVBl. 1961, 217 (221); Schütz-Frohberg, aaO. § 31 Anm. 3; § 36 Anm. 1; Brügelmann-Förster, aaO. § 14 Anm. VI 3 b) cc); § 36 Anm. 7 c; Kienapfel, DÖV 1963, 96 (101); Fickert, DVBl. 1964, 173 (177); Schuegraf, NJW 1966, 177 (181); OVG Koblenz, Urt. vom 12.12.1963, DVBl. 1964, 538 (539). Für den durch die Erteilung der Baugenehmigung begünstigten Bauherrn bedeutet allerdings die Korrektur der rechtswidrigen Baugenehmigung eine Belastung. Es kommt in diesem Falle zu einer echten Konkurrenz zwischen dem gemeindlichen Selbstverwaltungsrecht und dem Vertrauensschutz des Bauherrn. Anhaltspunkte für eine Lösung des Widerspruchs zwischen Selbstverwaltungsrecht und Vertrauensschutz lassen sich den Auffassungen zum vergleichbaren sog. Janusköpfigen VA entnehmen. Hier herrscht die Meinung vor, daß VAe, die eine Person begünstigen und gleichzeitig eine andere Person belasten, in weiterem Ausmaß als die rein begünstigenden VAe korrigierbar seien, weil der Beseitigung der Belastung in der Regel der Vorrang vor der Aufrechterhaltung der Begünstigung zukomme; vgl. hierzu Peters, DÖV 1965, 744 (752 f.) mit Hinweisen. Die Gemeinde, die das Baugesuch befürwortet, kann gegen den ablehnenden Bescheid der Baubehörde keine Klage erheben, weil hier weder ihr Mitwirkungsrecht (das Einvernehmen ist nur zu einem positiven Bescheid vorgesehen) noch ihr Selbstverwaltungsrecht (in der Ablehnung eines Gesuchs, die lediglich den status quo erhält, kann eine unmittelbare Verletzung des planerischen Willens der Gemeinde nicht gesehen werden; vgl. Fickert, DVBl. 1964, 173 (179)) verletzt sein kann; vgl. Schütz-Frohberg, aaO. § 36 Anm. 1; Heitzer-Oestreicher, aaO. § 19 Anm. 4; § 31 Anm. 1; § 36 Anm. 1; Brügelmann-Förster, aaO. § 14 Anm. VI 3 b) cc). Dem Nachbarn steht allein aus der Tatsache, daß gegen eine der Mitwirkungs vorschriften im Bundesbaugesetz verstoßen wurde, keine Klage befugnis zu, da die Mitwirkungs vorschriften nicht seinem Interesse dienen, sondern nur den Schutz der Gemeinden bezwecken. Vgl. die zutreffenden Ausführungen von Dietz, BaWüVBl. 1961, 65 (68) und von Brügelmann-Förster, aaO. § 36 Anm. 7 f.

die nach § 42 Abs. 2 VwGO ausgeschlossene Popularklage nicht durch die Hintertüre wieder eingeführt wird.

Das Problem der Klagebefugnis einer Mitwirkungsbehörde (bzw. ihres Rechtsträgers) gegen die Hauptbehörde (bzw. deren Rechtsträger) tritt aber auch dann auf, wenn letztere gegen den Willen der Mitwirkungsbehörde entscheidet, ohne dabei eine Mitwirkungsvorschrift zu verletzen. Dies ist dann der Fall, wenn sich die Hauptbehörde über eine nur beratende Stellungnahme (Anhörung, Benehmen, Gutachten) der beteiligten Behörde hinwegsetzt. Eine Verletzung der Mitwirkungsvorschrift liegt hier deshalb nicht vor, weil der Mitwirkungsvorbehalt, der keine Übereinstimmung zwischen den zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden vorschreibt, lediglich das Recht der Mitwirkungsbehörde zur beratenden Stellungnahme garantiert, während die Entscheidungsbefugnis der Hauptbehörde durch die Mitwirkung nicht berührt wird. Will die Mitwirkungsbehörde (bzw. deren Rechtsträger) Anfechtungsklage gegen den entgegen ihrer Stellungnahme erlassenen positiven Hauptakt erheben, so hängt ihre Klagebefugnis auch hier davon ab, ob sie durch den Hauptakt in ihren Rechten verletzt worden zu sein vermag oder nicht.

Dürig¹⁴⁾ vertritt in diesem Zusammenhang die Auffassung, eine förmliche Beteiligung Dritter am Verwaltungsverfahren (gemeint ist auch die rechtsnormativ vorgeschriebene Beteiligung einer Mitwirkungsbehörde) stelle nicht nur ein "praktikables Indiz", sondern darüber hinaus eine "kaum widerlegbare Vermutung" für die Klagebefugnis des Dritten (der Mitwirkungsbehörde) dar.

Zutreffend hat Menger¹⁵⁾ nachgewiesen, daß Dürigs Ansicht zumindest in dieser Allgemeinheit nicht haltbar ist. Menger nimmt in seinen Darlegungen Bezug auf ein Urteil des Oberverwaltungsgerichts Münster¹⁶⁾, in welchem mit Recht darauf hingewiesen wird, daß eine Vorschrift, die einem Dritten ein Recht auf beratende Mitwirkung einräumt, noch nichts Endgültiges darüber besagt, ob die Norm, hinsichtlich derer eine beratende Mitwirkung stattzufinden hat, auch dem Schutze dieses Dritten (der Mitwirkungsbehörde bzw. ihres Rechtsträgers) zu dienen bestimmt ist¹⁷⁾. Es muß vielmehr unabhängig von der durch einen Mitwir-

14) In Maunz-Dürig, aaO. Art. 19 Abs. IV Rdnr. 34.

15) VerwArch. Bd. 55 (1964), 84.

16) DVBl. 1963, 638 (639) (Urteil vom 5.3.1963).

17) Vgl. zu der konstruierten Frage, ob ein Anhörungsrecht (z.B. nach § 14 des Personenbeförderungsgesetzes vom 21.3.1961 - BGBl. I S. 241 (früher § 9 Abs. 1 Nr. 2 DVO zum Personenbeförderungsgesetz vom 26.3.1935 - RGBl. I S. 146) Dritten auch eine Klagebefugnis gewährt: Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 42 Erl. III 1 (S. 126 f.) und Erl. III 6 (S. 133 f. mit zahlreichen Nachweisen; Eyermann-Fröhler, aaO. § 42 Rdnr. 98.

kungsvorbehalt vorgesehenen Mitwirkungsbefugnis jeweils besonders nachgewiesen werden, ob die als verletzt gerügte Norm allein oder zumindest auch dem Schutz der Mitwirkungsbehörde dienen soll 18).

Zwar wird die nicht immer leichte und selten unangreifbare Entscheidung dieser Frage zu einer Kasuistik führen, jedoch müssen die mit dieser Lösung verbundenen Erschwernisse hingenommen werden, da unser Rechtsschutzsystem nur individuelle Rechte als schutzwürdig ansieht und deshalb die Popularklage ausschließt.

15. KAPITEL: VERFASSUNGSRECHTLICHE FRAGEN

I. ZUR FRAGE DER VERFASSUNGSMÄSSIGKEIT BEHÖRDLICHER MITWIRKUNGSVORBEHALTE IM ALLGEMEINEN

Ein Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 10.3.1951¹⁾ gibt Anlaß, kurz auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit der behördlichen Mitwirkungsvorbehalte einzugehen. In dieser Entscheidung hat der Bayerische Verwaltungsgerichtshof eine Mitwirkungsvorschrift²⁾, welche die Übereinstimmung der zusammen-

18) Nach Bernhardt, JZ 1963, 302 (307), gibt es demgegenüber geschützte Individualpositionen auch dort, wo der Normgeber sie nicht als solche kenntlich gemacht hat. Danach kann der Schutzzweck einer Norm für die Klagebefugnis gewissermaßen nur "deklaratorisch", nicht aber "konstitutiv" wirken.

1) NJW 1951, 455 f.

2) Es handelte sich um § 3 Ziff. 4, 5 und 6 der ehemaligen Rechtsanwaltsordnung für Bayern vom 6.11.1946 (BayRanWO 1946) (GVBl. S. 371). Danach mußte die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft, über die die Landesjustizverwaltung nach vorheriger gutachtlicher Anhörung der Rechtsanwaltskammer (§ 3 BayRanWO 1946) zu entscheiden hatte, u. a. versagt werden, wenn bestimmte Sachverhalte vorlagen, die nach ihrer Vereinbarkeit mit der Ausübung des Rechtsanwaltsberufes gewertet werden mußten. Das Gesetz bestimmte, daß diese Wertung "nach dem Gutachten des Vorstandes der Rechtsanwaltskammer" von der Landesjustizverwaltung zu erfolgen hatte. Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof folgte daraus, diese Wertung sei "nach dem Gesetz der Rechtsanwaltskammer allein, und mit bindender Wirkung für die Justizverwaltung" übertragen worden. - Forts. S. 180

wirkenden Stellen vorschrieb, für verfassungswidrig erklärt, weil der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit verlange, daß ein Staatsorgan, welches eine Entscheidung zu treffen habe, hierfür auch die Verantwortung tragen müsse; Verantwortung könne aber nicht übernehmen, wer bei seiner Entscheidung inhaltlich in vollem³⁾ Umfange an die Willensentscheidung eines anderen gebunden sei.

Zum Verständnis dieser Entscheidung ist es erforderlich, sich die dogmatische Ausgangsposition des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs zu vergegenwärtigen. Die These der Verantwortlichkeit der Hauptbehörde für die hoheitliche Gesamtbetätigung macht deutlich, daß der Bayerische Verwaltungsgerichtshof lediglich den Akt der Hauptbehörde als anfechtbaren VA qualifiziert, während er die Mitwirkungshandlung der beteiligten Stelle als verwaltungsinternen Vorgang ansieht. Aus dieser Grundposition muß der Bayerische Verwaltungsgerichtshof notwendigerweise, will er nicht gegen die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG verstoßen, die Folgerung ziehen, daß die Willensäußerung der mitwirkungsberechtigten Stelle im Verwaltungsstreitverfahren gegen die Hauptbehörde judizierbar ist⁴⁾.

Fortsetzung der Fußnote 2) von Seite 179

Zwar ist das vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof aufgeworfene verfassungsrechtliche Problem für die neue Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1.8.1959 (BGBl. I S. 565) nicht mehr aktuell, da nach deren §§ 8 und 9 die Entscheidungsbefugnis allein der Landesjustizverwaltung in die Hände gelegt wird, jedoch bleibt das Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs im Hinblick auf die verschiedenen anderen Mitwirkungsvorschriften von allgemeiner Bedeutung.

- 3.) Die gleiche Problematik tritt auch dann auf, wenn die Hauptbehörde - wie in den häufigsten Fällen - nur partiell an die Willensentscheidung der Mitwirkungsbehörde gebunden ist. In diesen Fällen könnte - wenn man die Argumentation des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs zugrunde legte - die Hauptbehörde teilweise, d.h. soweit eine Bindungswirkung besteht, keine Verantwortung für ihre Entscheidung tragen. Diese Identität der Problemstellung bei der Fallgruppe, die eine volle Bindungswirkung aufweist, mit derjenigen, in der lediglich eine partielle (teilweise) Bindung besteht, wird von Sellmann, BB 1954, 806 (807 Anm. 5) und Heitzer, aaO. S. 102 verkannt.
- 4.) Die Unrichtigkeit einer solchen Auffassung, welche auf die verwaltungsgerichtliche Befugnis, die mitwirkungsberechtigte Stelle im Prozeß gegen die Hauptbehörde einzusetzen, in demerum zum Erlass des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes zu verpflichten oder aber diesen sogar zu ersetzen, hinabzuleiten, hat sich bereits im Rahmen unserer kritischen Untersuchung der zur Verneinung der VAEigenschaft der Mitwirkungsakte hergetragenen Gesichtspunkte herausgestellt; vgl. oben 4. Kapitel, VIII (S. 68 ff.).

Ein derartiges verwaltungsgerichtliches Inzidentprüfungsrecht im Rahmen des Prozesses gegen die Hauptbehörde führt jedoch, geht man einmal mit dem Bayerischen Verwaltungsgerichtshof von der Zulässigkeit von Verantwortlichkeits- und Schuldvorstellungen im Verwaltungsrecht aus, für die Hauptbehörde teilweise zu unerträglichen Ergebnissen. Sie ist nämlich in den Fällen, in denen sie an sich intendiert, einen (beantragten) Hauptakt zu erlassen, jedoch durch die Verweigerung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes daran gehindert wird, gezwungen, nach außen für eine Maßnahme einzustehen, von deren Gesetzmäßigkeit sie nicht überzeugt ist. Diesem Dilemma versuchen die der psychologischen Betrachtungsweise zuneigenden Vertreter des verwaltungsinternen Charakters der Mitwirkungsakte auf zwei voneinander verschiedenen Wegen zu entgehen.

Der eine Lösungsweg führt zu einer Verneinung der Verfassungsmäßigkeit der hier untersuchten behördlichen Mitwirkungs Vorschriften. Der andere Lösungsweg führt zu einer Bejahung der hauptbehördlichen Befugnis, in eigener Verantwortung und Machtvollkommenheit zu prüfen, ob die Ablehnung des Mitwirkungsaktes gerechtfertigt ist und sich gegebenenfalls über die Versagung des vorgeschriebenen Mitwirkungsaktes hinwegzusetzen, was aber im Grunde die Ablehnung jeder Bindungswirkung der Mitwirkungshandlung beinhaltet.

Der Bayerische Verwaltungsgerichtshof hat den ersten Weg gewählt und die betreffende Mitwirkungsbestimmung für verfassungswidrig erklärt, ohne dabei allerdings - soweit ersichtlich - weitere Gefolgschaft in der Rechtsprechung oder im Schrifttum zu finden ⁵⁾.

5) Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 27.4.1959 (BVerfGE 9, 268 ff.) kann nicht als Billigung des vom BayVGH vertretenen Standpunkts angesehen werden. Der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts liegt eine andere Problematik zugrunde. Es geht dort um die Frage, ob die in den §§ 59 - 61 des Bremischen Personalvertretungsgesetzes normierte generelle Übertragung der Entscheidungsgewalt in allen personellen Fragen der Beamten auf eine Einigungsstelle, deren Mitglieder der Regierung nicht verantwortlich sind, mit dem Prinzip des demokratischen Rechtsstaats im Sinne des Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG vereinbar ist. Das Bundesverfassungsgericht hat diese Regelung für verfassungswidrig erklärt, weil es sich bei den Entscheidungen in personellen Angelegenheiten der Beamten um Regierungsaufgaben handelt, die wegen ihrer politischen Tragweite nicht generell der Regierungsverantwortung entzogen und auf Stellen übertragen werden dürften, die von Regierung und Parlament unabhängig sind. Keine Bedenken hat das Bundesverfassungsgericht jedoch gegen die Regierung, dazufolge eine Behörde nach außen für eine Maßnahme einzustehen muß, von deren Gesetzmäßigkeit sie nicht überzeugt ist. Dies wird besonders darin deutlich, daß es die Übertra-

Eine verbreitetere Ansicht hat sich für den zweiten Lösungsweg entschieden und die Bindungswirkung des Mitwirkungsaktes gegenüber der Hauptbehörde verneint⁶⁾. Diese Schlußfolgerung ist in anderem Zusammenhang bereits hinreichend kritisiert und widerlegt worden⁷⁾, so daß es hier eines Eingehens auf den Gesichtspunkt der Machtvollkommenheit bzw. absoluten Bindungslosigkeit der Hauptbehörde an den Akt der beteiligten Behörde nicht mehr bedarf.

Jedoch erübrigt sich auch eine nähere Untersuchung des vom Bayerischen Verwaltungsgerichtshof vertretenen Standpunktes. Gelangt man nämlich, wie es in dieser Abhandlung geschehen ist⁸⁾, zu einer Bejahung des VA-Charakters und damit der selbständigen Anfechtbarkeit bzw. Einklagbarkeit derjenigen Mitwirkungsakte, die durch - die Übereinstimmung der zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden postulierende - Rechtsnormen vorgeschrieben sind, so treten die oben aufgezählten Schwierigkeiten, welche den Bayerischen Verwaltungsgerichtshof veranlaßten, eine Mitwirkungs Vorschrift für verfassungswidrig zu erklären, nicht auf. Wie bereits dargelegt⁹⁾, braucht nach der hier vertretenen Auffassung die Hauptbehörde (bzw. deren Rechtsträger) nur dann als Partei am Prozeß teilzunehmen und damit nach außen für eine dem Bürger gegenüber ergangene ungünstige Entscheidung einzustehen, wenn ihre eigenen Erwägungen zu dieser Entscheidung geführt haben. Wird die Hauptbehörde hingegen durch den Akt der Mitwirkungsbehörde gezwungen, einen für den Bürger ungünstigen Hauptakt zu erlassen, obwohl sie von sich aus eine günstige Entscheidung treffen möchte, so hat der Bürger sein Rechtsmittel lediglich gegen die Mitwirkungsbehörde (bzw. deren Rechtsträger) zu richten. Bei dieser Sachlage muß also allein die Mitwirkungsbehörde (bzw. deren Rechtsträger) die "Verantwortung" für den dem Bürger gegenüber ergangenen ungünstigen Hoheitsakt tragen. Es kann somit niemals der Fall eintreten, daß die Hauptbehörde nach außen für eine Entscheidung einzustehen hat, von deren Gesetzmäßigkeit sie nicht überzeugt ist.

Auch wenn man also - wie der Bayerische Verwaltungsgerichtshof - mit den psychologischen Begriffen der Verantwortlichkeit oder Schuld arbeitet, was sich bereits an früherer Stelle im Hinblick auf das Verwaltungshandeln als unzulässig

Fortsetzung der Fußnote 5) von Seite 181

gung der Entscheidungsgewalt in Personalangelegenheiten der Angestellten und Arbeiter des öffentlichen Dienstes auf die Einigungsstelle für verfassungsgemäß anzusehen, obwohl auch hier die Regierung an die Entscheidung der Einigungsstelle gebunden ist.

- 6) Vgl. hierzu oben 4. Kapitel, VII, Anm. 81 und 82.
- 7) Vgl. 4. Kapitel, VII.
- 8) Vgl. 6. Kapitel, III.
- 9) Vgl. 13. Kapitel, II, III und IV.

erwiesen hat, ergeben sich auf dem Boden der von uns befürworteten Lösung keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der hier untersuchten Mitwirkungsvorschriften.

II. DAS ZUSAMMENWIRKEN VON BUND UND LÄNDERN

Bestehen keine durchgreifenden Einwände gegen die Verfassungsmäßigkeit behördlicher Mitwirkungsvorbehalte im allgemeinen, so werfen die besonderen Fälle des Zusammenwirkens von Bund und Ländern verfassungsrechtliche Probleme auf, die abschließend beleuchtet werden sollen¹⁰⁾.

Verschiedene rechtsnormative Mitwirkungsvorbehalte sehen als Voraussetzung für den Erlass eines VAes (Hauptaktes) durch eine Landesbehörde die übereinstimmende Mitwirkung einer Bundesbehörde vor¹¹⁾. Umgekehrt kann auch der Erlass von VAen einer Bundesbehörde an die übereinstimmende Mitwirkung einer Landesbehörde geknüpft sein¹²⁾. Die hier vorgeschriebenen Mitwirkungsakte sind nach unse-

- 10) Zur Problematik staatlicher Genehmigungsvorbehalte im Kommunalrecht wird auf die Ausführungen von Müller, VerwArch. Bd. 54 (1963), 170 ff., verwiesen.
- 11) Vgl. z.B. § 3 der VO über die Staatsangehörigkeit vom 5.2.1934 (RGBl. I S. 85), wonach die Einbürgerung von Ausländern durch Landesbehörden bundesministerieller "Zustimmung" bedarf (die dort vorgesehene Zuständigkeit des Reichsministers des Innern ist auf den Bundesminister des Innern übergegangen; so OVG Hamburg, DÖV 1961, 111 mit Anm. von Schatzel); § 16 des Gesetzes über die Ausübung der Zahnheilkunde vom 31.3.1950 (BGBl. I S. 221), der ein "Widerstandsrecht" der Bundesregierung vorsieht; § 1 Abs. 3 des Zweiten Gesetzes über die Finanzverwaltung (2. FVG) vom 13.5.1952 (BGBl. I S. 268), der die "Zustimmung" des Landesfinanzministers zu bestimmten VAen der Landesfinanzbehörden verlangt. Weitere Beispiele sind bei Fülllein, DVBl. 1956, 1 (3 Anm. 20) angeführt.
- 12) Vgl. z.B. § 3 des Gesetzes über die staatliche Genehmigung der Ausgabe von Inhaber- und Orderschuldverschreibungen vom 26.6.1954 (BGBl. I S. 447), wonach zu der nach den §§ 795 und 808 a BGB erforderlichen staatlichen Genehmigung das "Einvernehmen" mit der obersten Behörde des Landes vorgeschrieben ist; § 29 Abs. 2 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten vom 24.3.1952 (BGBI. I S. 477), wonach der Bundesjustizminister im "Einvernehmen" mit dem zuständigen Fachminister und dem zuständigen Landesjustizminister Angehörige der Verwaltungsbehörden des Bundes zu Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft bestellen kann.

ren obigen Untersuchungen als selbständig anfechtbare bzw. einklagbare VAE zu qualifizieren 13).

In den Fällen, in denen durch die zusammenwirkenden Behörden ein Gegenstand geregelt wird, der nicht in den ausdrücklich enumerierten Bereich der bundeseigenen Verwaltung (vgl. Art. 87 Abs. 1 und 2; 87 b; 88; 89 Abs. 2; 120 a) fällt, stellt sich die Frage, ob Bundesbehörden durch VAE in Form von Mitwirkungsakten tätig werden dürfen oder nicht.

Frischmann-Weingart 14), die grundsätzlich von der VA-Qualität behördlicher Mitwirkungsakte (bei erforderlicher Übereinstimmung) ausgehen, versuchen dieser Frage auszuweichen, indem sie die - eine Mitwirkung von Bundesbehörden vorsehenden - Rechtsvorschriften für Bereiche außerhalb der Bundeseigenverwaltung verfassungskonform in der Richtung auslegen wollen, daß sie die Mitwirkung als nicht verbindlich 15) ansehen und ihr daher den VA-Charakter absprechen.

Auch Kratzer 16) verneint die VA-Natur derartiger behördlicher Mitwirkungsakte mit dem Argument, der Bund habe im landeseigenen Vollzugsbereich eines Bundesgesetzes bzw. im Einzugsgebiet des Art. 84 GG grundsätzlich keine Möglichkeit, den Staatsbürger unmittelbar "anzusprechen". In diesem Zusammenhang legt er das nach § 13 Abs. 1 des Gesetzes über die Ausübung der Zahnheilkunde 17) der Bundesregierung zustehende Widerspruchsrecht als eine Einzelweisung der Bundesregierung nach Art. 84 Abs. 5 GG aus, da ein Mitwirkungsrecht des Bundes nur auf diesem Wege verfassungsrechtlich haltbar sei. Jede andere Mitwirkungsform lehnt er ab, da es sich um eine Erscheinungsform der sog. Mischverwaltung handele, die bei der deutlichen Trennung der Verwaltungsräume von Bund und Ländern in unserer Bundesverfassung als unzulässig angesehen werden müsse.

Diese Thesen geben Anlaß zu mancherlei Fragen und Bedenken.

13) Vgl. 6. Kapitel, III (S. 100 ff.); 13. Kapitel, I und II (S. 160 ff.).

14) DÖV 1962, 721 (724).

15) Auch Kanein, aaO. S. 55 f., vertritt aus dem gleichen Grunde die Auffassung, die Länder seien an die Versagung der bundesministeriellen Zustimmung nach § 3 der VO über die deutsche Staatsangehörigkeit vom 5.2.1934 (RGBl. I S. 85) nicht gebunden.

16) BayVBl. 1958, 74 (75 f.); 1959, 90; im Anschluß daran auch Heitzer, aaO. S. 75 ff.; Bulling, aaO. S. 73 ff.

17) vom 31.3.1952 (BGBl. I S. 221).

Nicht zu überzeugen vermag zunächst die Ansicht von Frischmann-Weingart, bei der oben skizzierten verfassungsrechtlichen Situation seien Mitwirkungsakte bei erforderlicher Übereinstimmung als bloße unverbindliche Stellungnahmen ohne VA-Charakter anzusehen¹⁸⁾. Die Umdeutung eines Mitwirkungsaktes, der auf Grund eines ausdrücklich die Übereinstimmung der zusammenwirkenden Verwaltungsbehörden vorschreibenden Mitwirkungsvorbehalts ergeht, in eine nur beratende und unverbindliche Stellungnahme bedeutet eine Überschreitung der der verfassungskonformen Auslegung gezogenen Grenzen. In Wahrheit wird die betreffende Mitwirkungsvorschrift nicht verfassungskonform ausgelegt, sondern unzulässigerweise "revidiert"¹⁹⁾. Der Wortlaut einer derartigen Mitwirkungsnorm, die das Einvernehmen, die Zustimmung usw. der Mitwirkungsbehörde vorschreibt, ist eindeutig²⁰⁾ und läßt keine Unklarheit darüber aufkommen, daß der übereinstimmende Mitwirkungsakt der beteiligten Behörde eine unabdingbare Voraussetzung für den fehlerfreien Erlass des der Mitwirkung bedürftigen Hauptaktes ist. Die Umdeutung des Mitwirkungsaktes in eine unverbindliche Äußerung würde dem klaren Wortlaut der Mitwirkungsvorschrift einen geradezu entgegengesetzten Sinn geben²¹⁾.

18) Bei Zulässigkeit einer derartigen Umdeutung wäre die Mitwirkungshandlung als Verwaltungsinternum zu qualifizieren - vgl. oben 10. Kapitel (S. 132 ff.). Ob damit allerdings die hier aufgeworfene verfassungsrechtliche Problematik völlig beseitigt wäre, bleibt fraglich; denn auch in diesem Falle würden dem Bund - wenn auch nur interne - Einflußrechte eingeräumt, die nicht ausdrücklich in der Verfassung enumeriert sind.

Keine Zweifel hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit einer nur beratenden und unverbindlichen Mitwirkung des Bundes haben allerdings Köttgen, DÖV 1955, 485 (487); Fußlein, DVBl. 1956, 1 (Anm. 6); Gerner, BayVBl. 1955, 193 (195); Kratzer, BayVBl. 1958, 74; Maunz in Maunz-Dürig, aaO. Art. 83 Rdnr. 61 und Klein, aaO. S. 135, da ein derartiges Mitwirkungsrecht keine wirkliche Schmälerung der Landeshoheit mit sich bringe.

19) Menger, VerwArch. Bd. 50 (1959), 390.

20) Vgl. hierzu schon oben 7. Kapitel, I (S. 115 ff.).

21) Die Unzulässigkeit einer verfassungskonformen Auslegung gegen den klaren Wortlaut ist weitgehend anerkannt; vgl. BVerfGE 8, 28 ("Der Richter darf einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz nicht durch verfassungskonforme Auslegung einen entgegengesetzten Sinn geben.") abh. in Bay-VGHE N.F. 5 II, 54; Menger, VerwArch. Bd. 50 (1959), 389; ders. VerwArch. Bd. 52 (1961), 314; Schack, JuS 1961, 269 (274 insbesondere Anm. 32).

Vgl. aber auch Michel, JuS 1961, 274 (279), wonach der eindeutige Wortlaut - für sich allein - eine verfassungskonforme Auslegung nicht aus-

Auch wenn man nicht der objektiven, sondern der subjektiven Interpretationsmethode zuneigt²²⁾ und damit nicht nur den objektivierten Willen des Normautors, sondern den subjektiven Vorstellungen der am Normgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder maßgebende Bedeutung bei der Auslegung einer Mitwirkungsnorm beimißt, läßt sich eine Umdeutung im obigen Sinne nicht halten. Dem Normautor ist die begriffliche Unterscheidung zwischen einem Mitwirkungsvorbehalt, der die Übereinstimmung zwischen den zusammenwirkenden Behörden vorschreibt und einer Mitwirkungsvorschrift, die lediglich eine beratende und unverbindliche Stellungnahme der Mitwirkungsbehörde vorsieht mit der daraus folgenden verschiedenartigen rechtlichen Handhabung durchaus bewußt. Das zeigen deutlich die vielen Bestimmungen, in denen Mitwirkungsformen beider Fallgruppen mit unterschiedlicher Verwendung einander gegenübergestellt werden²³⁾. Fügt der Normgeber demnach einen Mitwirkungsvorbehalt, der die Übereinstimmung der zusammenwirkenden Behörden vorsieht, in ein Gesetz oder eine sonstige Rechtsvorschrift ein, so bringt er damit zum Ausdruck, daß er nicht nur eine beratende und unverbindliche Stellungnahme, sondern den übereinstimmenden Mitwirkungsakt der beteiligten Behörde als unabdingbare Voraussetzung für den Erlaß des Hauptaktes bezweckt.

Nicht nur der Wortlaut der Mitwirkungsvorschrift, sondern auch der Wille des Normgebers ist damit klar und eindeutig und daher einer Interpretation im obigen Sinne nicht zugänglich. Durch die Umdeutung des Mitwirkungsaktes bei erforderlicher Übereinstimmung in eine unverbindliche Stellungnahme wird dem

Fortsetzung der Fußnote 21) von Seite 185

schließt, "wenn Sinn oder Zweck unklar und mehrdeutig sind, wenn unter Beachtung der allgemeinen Auslegungsregeln eine Auslegung gegen den Wortlaut inoglich ist und der Wille des Gesetzgebers dem nicht entgegensteht".

22) Das Bundesverfassungsgericht hat sich grundsätzlich zur objektiven Theorie bekannt; vgl. hierzu die Ausführungen im 4. Kapitel, IV (S. 46 f., insbesondere Anm. 47 und 48); zweifelnd Michel, JUS 1961, 274 (278) unter Hinweis auf BVerfGE 2, 266 (275 f.); 4, 331 (343 ff. 351).

Der Bundesgerichtshof hat in seinem Urteil vom 21.4.1959, BGHSt. 13, 162 (161), für die verfassungskonforme Auslegung die Berechtigung der subjektiven Theorie anerkannt.

Ausführlich über die subjektiven und objektiven Theorien: Keller, aaO. passim, mit umfangreichen Literaturangaben.

23) Vgl. die Beispiele im 7. Kapitel, I (S. 113 Anm. 10).

Mitwirkungsvorbehalt ein von seinem Urheber nicht gewollter, allein auf die Verfassung abgestellter Sinngehalt "unterlegt" 24). Der Versuch von Frischmann-Weingart, durch interpretatorische "Kunstfertigkeiten" 25) vermeintliche verfassungswidrige Mitwirkungsnormen aufrechtzuerhalten, ist deshalb abzulehnen 26).

Noch größeren Bedenken begegnet Kratzers Argumentation. Im Unterschied zu Frischmann-Weingart macht er nicht den Versuch, die Mitwirkungsakte, die auf Grund einer die Übereinstimmung der zusammenwirkenden Behörden vorsehenden Mitwirkungsnorm ergangen sind, in bloße unverbindliche Stellungnahmen umzudeuten und deshalb ihre VA-Qualität zu verneinen. Vielmehr geht er von der - zumindest partiellen - Verbindlichkeit 27) derartiger Mitwirkungsakte des Bundes für die Länder aus, was besonders daraus erhellt, daß er diese Mitwirkungsvorbehalte als Weisungsrechte des Bundes im Sinne der Art. 84 Abs. 5 und 85 Abs. 3 GG begreift 28). Er lehnt den VA-Charakter der Mitwirkungsakte mit der lapidaren Feststellung ab, ein VA des Bundes sei im landeseigenen Vollzugsbereich eines Bundesgesetzes - wie sich aus Art. 83 GG ergebe - grundsätzlich nicht möglich. Diese Begründung läuft auf die These hinaus, daß eine Rechtsnorm keine verfassungswidrigen Anordnungen treffen könne, weil dies nicht zulässig sei. Jedoch - um Morgenstern zu zitieren - kann nicht sein, was nicht sein darf: Gerade die in Art. 100 GG vorgesehene Befugnis eines Gerichts, das Bundesverfassungsgericht oder ein Landesverfassungsgericht im Wege des Vorlagebeschlusses zur Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes anzurufen, zeigt deutlich, daß auch der Verfassungsgeber es für möglich hält, daß etwas ist, was nicht sein dürfte.

Die VA-Natur der hier untersuchten Mitwirkungsakte könnte, wie sich bereits in früherem Zusammenhang gezeigt hat, nur verneint werden, wenn sich nachweisen ließe, daß die Mitwirkung lediglich eine beratende unverbindliche Stellung-

24) Menger, VerwArch. Bd. 52, 314; Michel, JuS 1961, 274 (278).

25) Michel, JuS 1961, 274 (277).

26) Es mag hier die Kontroverse auf sich beruhen, ob eine verfassungskonforme Auslegung contra legem deshalb als unzulässig angesehen werden kann, wenn der Richter hierbei "in die Funktion der Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes miteingegriffen" und damit die Kompetenz des BVerfG mißachtet (so Schack, JuS 1961, 269 (274); vgl. auch Menger, VerwArch. Bd. 52 (1961), 314) oder wenn darin ein unzulässiger Eingriff in das gesetzgeberische Ermessen und in die Kompetenzen des Gesetzgebers liegt (so Michel, JuS 1961, 274 (279); Stern, NJW 1958, 1435).

27) Vgl. zur Frage der Bindungswirkung: 5. Kapitel, III (S. 82 ff.).

28) Im Anschluß daran auch Heitzer, aaO. S. 75 ff. und Bulling, aaO. S. 78

lungnahme darstellt (Mitwirkung bei nichterforderlicher Übereinstimmung) oder daß der betreffende - in einem Gesetz, einer Satzung oder einer Rechtsverordnung enthaltene - Mitwirkungsvorbehalt nur als Verwaltungsvorschrift (Organisationsnorm) anzusehen ist²⁹⁾. Diesen Nachweis wollte Kratzer, der von der Verbindlichkeit des Mitwirkungsaktes (bei erforderlicher Übereinstimmung) und dem Rechtsnormcharakter der betreffenden Mitwirkungsvorschrift ausgeht, nicht erbringen und er hätte ihn, wie unsere obigen Ausführungen gezeigt haben³⁰⁾, auch nicht erbringen können³¹⁾.

Da die hier in Rede stehenden Mitwirkungsakte des Bundes als VAE qualifiziert werden müssen, bleibt die Fragestellung, ob Mitwirkungsnormen, die eine derartige Mitwirkung des Bundes anordnen, verfassungsmäßig sind oder nicht, in unverminderter Schärfe bestehen.

Bei dem Versuch einer Klärung dieses Problems stoßen wir auf zwei vielerörterte Fragenbereiche, die mit den Stichworten "Mischverwaltung" und "überregionaler VA" gekennzeichnet werden können. Es würde den Rahmen dieser Abhandlung sprengen, wenn hier beide Fragenbereiche in extenso untersucht würden.

29) Nur in diesen beiden Fällen ist der Mitwirkungsakt als Verwaltungsinternum zu qualifizieren; vgl. oben 8. Kapitel, I und II (S. 120 ff.) und 10. Kapitel, (S. 132 ff.).

30) Vgl. 7. Kapitel, I und II (S. 110 ff.) und die Kritik an der Argumentation von Frischmann-Weingart in diesem Kapitel.

31) Auch wenn man einmal von den grundsätzlichen Bedenken gegen die Auffassung, welche die VA-Eigenschaft der Mitwirkungsakte (bei erforderlicher Übereinstimmung) leugnet, absieht und - unzutreffend - von dem verwaltungsinternen Charakter dieser Mitwirkungsakte ausgeht, ist es sehr zweifelhaft, ob man sie, wie Kratzer, als Weisungen im Sinne der Art. 84 Abs. 1 und 85 Abs. 3 GG ansehen kann. Eine solche Eingruppierung der Weisungsbefugnisse wird auch von Vertretern des verwaltungsinternen Charakters der hier untersuchten Mitwirkungsakte nicht zugebilligt; vgl. Fülllein, DVBl. 1956, 1 (3); OVG Hamburg, DÖV 1961, 111 a. M. Bulling, aaO. S. 77. Auch Gerner, BayVBl. 1955, 193 (195) lehnt die Eingruppierung der Mitwirkungsakte in die Weisungsbefugnisse nach Art. 84 und 85 GG ab, wobei allerdings nicht deutlich wird, ob er die Mitwirkungsakte als VAE oder als Verwaltungsinterna ansieht; vgl. weiterhin Rohwer-Kahlmann, aaO. S. 223; Klein, aaO. S. 133 f. Köttgen, DÖV 1962, 173 (1962), vertritt entgegenüber die Ansicht, der Staat sei verpflichtet, eine Befugnisübergang an rechtstechnischen Perfektionierung der Weisungsbefugnisse nach Art. 84, 85 GG durch die Setzung von Mitwirkungsvorbehalten. Siehe aber jetzt Köttgen, JöR Bd. 11 (1962), 173 (227).

Einige - notwendigerweise die Problematik nicht erschöpfende - Hinweise auf die hier berührten Fragenkomplexe mögen an dieser Stelle genügen.

Unter dem Begriff der "Mischverwaltung" ³²⁾ ist diejenige Verwaltungstätigkeit zu verstehen, "bei der die sachlichen Entscheidungen in einem irgendwie gearteten Zusammenwirken von Bundes- und Landesbehörden getroffen werden" ³³⁾. Die besonders von Gerner ³⁴⁾ vorgetragenen verfassungsrechtlichen Einwände gegen die Zulässigkeit der Mischverwaltung gehen aus von dem Grundsatz der "scharfen und klaren Trennung der Verwaltungsräume zwischen Bund und Ländern" und dem "Typenzwang" des Grundgesetzes in dem Sinne, daß andere etwa denkbare Verwaltungsformen als die drei Typen der landeseigenen, Auftrags- und bundes-eigenen Verwaltung mit der Systematik des Grundgesetzes nicht vereinbar seien.

Mit Recht halt Fußlein ³⁵⁾ dieser Auffassung entgegen, das Grundgesetz selbst kenne mehrere Fälle der Misch- bzw. Mitverwaltung. Er verweist zutreffend auf das Weisungsrecht der Bundesregierung nach Art. 85 Abs. 5 GG und das Mitwirkungsrecht (Einvernehmen) der Bundesregierung nach Art. 85 Abs. 2 S. 3 und nach Art. 108 Abs. 3 S. 3 GG ³⁶⁾. Angesichts dieser Vorbilder im Grundgesetz läßt sich die Behauptung, die Systematik des Grundgesetzes stehe dem Zusammenwirken von Bund und Ländern in Form der hier untersuchten Mitwirkungsfälle entgegen, wohl schwerlich aufrechterhalten ³⁷⁾.

³²⁾ In der wissenschaftlichen Auseinandersetzung oft abwertend gebraucht. Eingeführt wurde der Begriff von Kratzer, DÖV 1950, 529 (534).

Köttgen, DÖV 1955, 485 (488), bezeichnet die Fälle der Mitwirkungsrechte des Bundes mit Außenwirkung als "Mitverwaltung".

Fußlein, DVBl. 1956, 1, verwendet den Begriff der "Mitverwaltung" auch für die Fälle, in denen dem Bund lediglich ein internes Einflußrecht eingeräumt worden ist.

³³⁾ Maunz in Maunz-Dürig, aaO, Art. 83 Rdnr. 57; ähnlich Gerner, BayVBl. 1955, 193.

³⁴⁾ BayVBl. 1955, 193 (194); vgl. auch Rohwer-Kahlmann, AÖR Bd. 79 (1953/54), 208 (223)

³⁵⁾ DVBl. 1956, 1 (2).

³⁶⁾ Vgl. weiterhin: Art. 85 Abs. 3; 108 Abs. 1 S. 3; 108 Abs. 4 S. 2; 120 a GG.

Fußlein geht jedoch unrichtigerweise vom verwaltungsinternen Charakter aller Mitwirkungsakte - also auch des Einvernehmens - aus.

³⁷⁾ Auch das OVG Hamburg, DÖV 1961, 111 (112), geht davon aus, daß das GG, Abschnitt VII des Grundgesetzes entnommen, im Hinblick auf den sog. Typenzwang der verfassungsmäßigen Verwaltungsgliederung vorbehalten bei erforderlicher Übereinstimmung nicht entgegensteht.

Gewichtiger ist dagegen der Einwand, die Schaffung von Ingerenzrechten des Bundes, die vom Grundgesetz nicht "ausdrücklich" vorgesehen sind, sei unzulässig³⁸⁾.

Hier greift die Problematik auf den Fragenbereich des sog. überregionalen VAes über. Es stellt sich nämlich die Frage, ob der Bund im Bereich der Landesverwaltung (landeseigene oder Auftragsverwaltung) auf die in Art. 84 und 85 GG vorgesehenen Einwirkungsmöglichkeiten beschränkt ist oder ob ihm darüber hinaus ein durch eine Mitwirkungsnorm eingeräumtes Recht zum Erlaß von Mitwirkungsakten mit VA-Qualität zustehen kann; mit anderen Worten, ob das Grundgesetz die Verwaltungskompetenzen des Bundes abschließend aufzählt oder für nicht ausdrücklich geschriebene, sondern stillschweigende Bundeszuständigkeiten Raum läßt. Der Unterschied zum Normalfall des unter dem Stichwort "überregionaler VA" behandelten Problems besteht lediglich darin, daß nicht die gesamte Verwaltungszuständigkeit von der Landes- auf eine Bundesbehörde verlagert wird, sondern der Bund nur ein rechtsnormativ vorgeschriebenes Mitwirkungsrecht erhält. Das Land bleibt bei dieser Regelung also stärker eingeschaltet als bei der Begründung der alleinigen Zuständigkeit einer Bundesbehörde. Die Inanspruchnahme eines Mitwirkungsvorbehalts bedeutet gegenüber der vollen Entscheidungskompetenz des Bundes ein minus, was vom föderalistischen Gesichtspunkt gesehen eine günstige Lösung sein mag. An der eigentlichen Problemstellung ändert sich hierdurch jedoch nichts, da auch im Falle des Mitwirkungsvorbehalts dem Bund die Kompetenz zum Erlaß eines VAes eingeräumt wird.

Der Versuch, die Gesetze, die dem Bund die Kompetenz zum Erlaß sog. überregionaler VAe einräumen, mit dem Grundgesetz in Einklang zu bringen, ist mit verschiedenen Gedankengängen unternommen worden. Teils arbeitet man mit den Begriffen der stillschweigenden³⁹⁾ Bundeszuständigkeit kraft Sachzusammenhangs⁴⁰⁾ und kraft Natur der Sache⁴¹⁾, teils verzichtet man auf diese

38) So Maunz in Maunz-Dürig, aaO. Art. 83 Rdnr. 59 und 61; Gerner, BayVBl. 1955, 193 (194); Rohwer-Kahmann, AöR Bd. 79 (1953/54), 208 (223); Köttgen, JÖR N.F. Bd. 11 (1962), 173 (227).

39) Es handelt sich nicht um "ungeschriebene", sondern um "stillschweigende" Kompetenzen vgl. eingehend Küchenhoff, AöR Bd. 82 (1957), 410, 478; Achterberg, AöR Bd. 86 (1961), 63 (65/67).

40) Küchenhoff, aaO. S. 478, versteht hierunter die Gruppe der "stillschweigend-impliziert (mit) geschriebenen Bundeszuständigkeiten".

41) Küchenhoff, aaO. S. 478, versteht darunter die Gruppe der "stillschweigend-evident (mit) geschriebenen Bundeszuständigkeiten". Vgl. zu diesen beiden Begriffen: Achterberg, AöR Bd. 86 (1961), 63 (65 f.) (vgl. auch dessen Ausführungen auf S. 67 ff. und 89 ff. zur Frage der Ableitung beider Kompetenzen); vgl. weiterhin Schmitt-Lermann, DÖV 1962, 667 (672 f.); Weingart, BayVBl. 1960, 174.

beiden Rechtsprinzipien und versucht andere Kriterien für eine stillschweigende Bundeszuständigkeit zu entwickeln ⁴²⁾. Nur vereinzelt wird jede stillschweigende Verwaltungskompetenz des Bundes rundweg abgelehnt ⁴³⁾. Überwiegend, und zwar auch von Vertretern einer ausgeprägten föderalistischen Staatsauffassung, wird die Zulässigkeit überregionaler VAe unter bestimmten strengen Voraussetzungen anerkannt ⁴⁴⁾.

Die Voraussetzungen und Grenzen des überregionalen VAes können hier nicht im einzelnen untersucht werden; dies wäre Aufgabe einer besonderen Abhandlung. Worauf es hier ankommt, ist die Feststellung, daß die Verfassungsmäßigkeit von Mitwirkungsvorschriften, die die übereinstimmende Mitwirkung einer Bundesbehörde als Voraussetzung für den Erlass eines VAes (Hauptaktes) durch eine Landesbehörde im Bereich der Landesverwaltung (landeseigene und Auftragsverwaltung) vorsehen ⁴⁵⁾, allein davon abhängt, ob und inwieweit die Bundeszuständigkeit zum Erlass eines überregionalen VAes bejaht werden kann; dies ist je nach dem

42) Vgl. z.B. BVerfGE 11, 6 (17 f.) (Dampfkesselentscheidung); Kölble, DÖV 1963, 660 (671).

43) Vgl. z.B. Hamann, aaO. Art. 83 Anm. B 5 (S. 361 f.), der ganz allgemein eine Bundeszuständigkeit aus der Natur der Sache oder aus dem Sachzusammenhang ablehnt; ebenso Heitzer, aaO. S. 77; vgl. weiterhin die Literaturangaben bei Maunz in Maunz-Dürig, aaO. Art. 83 Rdnr. 31 (S. 12 Fußnote 4).

44) Vgl. beispielsweise Maunz in Maunz-Dürig, aaO. Art. 83 Rdnr. 31; Fußlein, DVBl. 1951, 33 (35); ders., DVBl. 1956, 1; Schmitt-Lermann, DÖV 1962, 667 (674) (mit einer guten Gesamtdarstellung auf S. 668 ff.); Bulling, aaO. S. 76; Kölble, DÖV 1963, 660 (671); Bullinger, JuS 1964, 228 (233).

45) Zu den Fällen, bei denen der Erlass von VAen (Hauptakten) einer Bundesbehörde an die übereinstimmende Mitwirkung einer Landesbehörde geknüpft ist, vgl. Gerner, BayVBl. 1955, 193 (194), wonach der Bund über seine eigene Verwaltungsbefugnis in gewissem Umfang Verfügungsberechtigt ist. Das Bundesverfassungsgericht, E 1, 299 (310 ff.), hat die Mitverwaltung im Fall des § 14 Abs. 1 des Ersten Wohnungsgesetzes vom 24.4.1950 (BGBl. I S. 83) (§ 16 der Neufassung vom 25.8.1953 - BGBl. I S. 1047), wonach der Bundesminister für Wohnungsbau die Bundesmittel nur im Einvernehmen mit den Ländern auf diese verteilen kann, als verfassungsmäßig anerkannt. "Es entspricht der föderalistischen Struktur des Bundes, wenn er bei bestimmten Verwaltungsmaßnahmen den Ländern ... ein mehr oder weniger weitreichendes Mitwirkungsrecht einräumt."

zu verwaltenden Sachgebiet zu beurteilen⁴⁶⁾.

Hingegen läßt sich, wie dargetan, das Problem nicht durch eine verfassungskonforme Auslegung in der Weise lösen, daß man die Mitwirkung als unverbindliche Stellungnahme ansieht und ihr aus diesem Grunde die VA-Qualität abspricht.

46) So hat z.B. das OVG Hamburg in seinem Urteil vom 27.5.1960, DÖV 1961, 1.1 (112 f.) die Verfassungsmäßigkeit des Zustimmungsvorbehalts nach § 3 der VO über die Staatsangehörigkeit vom 5.2.1934 (RG Bl. I S. 85) bejaht, weil dem Bund "aus seiner Aufgabe, über seine staatliche Selbstorganisation selbst zu entscheiden", eine Kompetenz aus der "Natur der Sache" zustehen müsse (unzutreffend wird der Mitwirkungsakt jedoch als Verwaltungsinternum qualifiziert).

Der Bundesfinanzhof hat in seinem Urteil vom 1.8.1961, NJW 1962, 1316 (1317) den Mitwirkungsvorbehalt nach § 1 Abs. 3 S. 2 des Zweiten Gesetzes über die Finanzverwaltung (2. FVG) vom 15.5.1952 (BGBl. I S. 298) in Verbindung mit § 1 Ziff. 2 der VO über die Mitwirkung des Bundes bei der Verwaltung der Einkommen- und Körperschaftsteuer vom 27.1.1956 (BGBl. I S. 29) in der Fassung des § 1 der VO über die Verlängerung der Geltungsdauer der genannten VO vom 19.12.1958 (BGBl. I S. 967), wonach die Zustimmung des Bundesfinanzministers zu Billigkeitsmaßnahmen nach § 131 RAO erforderlich ist, für zulässig gehalten. Zur Begründung wird ausgeführt, die dem Bund nach Art. 108 Abs. 2 GG zustehende Verwaltungshoheit hinsichtlich des von ihm auf Grund des Art. 106 Abs. 3 und 4 GG in Anspruch genommenen Teils der Einkommen- und Körperschaftsteuer sei im Rahmen des § 1 Abs. 3 des 2. FVG (Mitwirkungsvorbehalt) nicht den Ländern im Rahmen der Auftragsverwaltung übertragen worden - was nach Art. 108 Abs. 2, 2. Halbsatz GG möglich gewesen wäre -, sondern beim Bund verblieben. Der Mitwirkungsakt des Bundesfinanzministers wird zutreffend als VA qualifiziert.

LEBENS LAUF

Am 12. September 1937 wurde ich als Sohn der Eheleute Josef und Paula Sauer geb. Wagner in Fulda geboren. Nach dem Besuch der Volksschulen in Fulda und Eckweisbach/Rhön wurde ich 1951 Schüler der Winfriedschule in Fulda. Am 5. März 1958 bestand ich dort die Reifeprüfung.

Nach Ableistung meines Wehrdienstes vom 1. April 1958 bis zum 31. März 1959 begann ich im Sommersemester 1959 das Studium der Rechtswissenschaft an der Philipps-Universität in Marburg/Lahn. Nach achtsemestrigem Studium in Marburg und München bestand ich am 16. Juli 1963 vor dem Prüfungsausschuß des Juristischen Prüfungsamtes beim Oberlandesgericht Frankfurt die erste rechtswissenschaftliche Staatsprüfung.

Seit dem 7. Oktober 1963 befinde ich mich als Gerichtsreferendar im Dienste des Landes Hessen.

